

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**A LEGITIMIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO  
JUDICIAL**

**RAQUEL PASSOS MAIA**

Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação do Professor Doutor Jorge Miranda como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional na área de Ciências Jurídico-Políticas.

Lisboa  
2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



A LEGITIMIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO  
JUDICIAL

RAQUEL PASSOS MAIA

Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação do Professor Doutor Jorge Miranda como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional na área de Ciências Jurídico-Políticas.

Lisboa  
2018

Para Lauro (*in memoriam*), Vânia e Aline.

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, a minha irmã e aos meus *pais* José Lauro (*in memorian*) e Jorge Martins por todo suporte e apoio, mas acima de tudo por acreditarem em mim, por enxergarem na minha pessoa um potencial que eu mesma desconheço e me fazerem acreditar que sou capaz.

Ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Miranda. À ele minha eterna gratidão e admiração, esta última se estende não só ao jurista brilhante, mas ao ser humano extraordinário que ele é.

Ao meu querido Professor Doutor Francisco Lisboa por toda disposição e boa vontade em ajudar-me com materiais, livros, textos e, sobretudo, com uma boa conversa acadêmica.

À amiga e professora Mestre Marina Cartaxo que, mesmo de longe, sempre se dispôs a me esclarecer as mais diversas dúvidas com toda paciência e carinho.

Às amigas que Lisboa me deu, Marí Abossamra, Jordana Pina, Michelle Macedo e Lilia Vidal por tornarem a jornada além-mar mais leve e divertida.

À Deus, meu tudo, por me permitir todos os agradecimentos acima. Ele é.

## **RESUMO**

Atualmente, alterações significativas na Constituição se dão através da interpretação dos Tribunais e Cortes Constitucionais e não pela via formalmente prevista para tanto. É nesse contexto que se insere o fenômeno da mutação constitucional. Comumente difundido como uma modificação no sentido, no significado e no alcance da norma a despeito da inalterabilidade de seu texto, tal conceito não consegue explicitar de forma satisfatória os mais variados casos enumerados pela doutrina como hipóteses de mutação constitucional. Tal insatisfação se dá complexidade fática e jurídica que o fenômeno da mutação envolve. Como o significado, o sentido e o alcance da norma só são atingidos mediante sua interpretação, alguns autores concebem a mutação como um problema de interpretação. Somado a isso, como o intérprete principal e último da Constituição são os Tribunais Constitucionais, tem-se que mudanças impactantes na Constituição, hodiernamente, se insurgem por esta via. No entanto, nem toda mudança interpretativa do Tribunal corresponde a complexidade de uma mutação. Desta feita, objetiva a presente pesquisa a necessária diferenciação entre a interpretação constitucional e o fenômeno da mutação. Para além disso, se questiona a legitimidade de tal atuação do Tribunal diante do Princípio da Separação dos Poderes e o seu papel representativo na dinâmica da democracia.

Palavras-chave: interpretação constitucional; mutação constitucional; Poder Judiciário; legitimidade; democracia representativa.

## **RESUMEN**

Actualmente, cambios significativos en la Constitución se dan a través de la interpretación de los Tribunales y Cortes Constitucionales y no por la vía formalmente prevista para tanto. Es en ese contexto que se inserta el fenómeno de la mutación constitucional. Comúnmente difundido como una modificación en el sentido, en el significado y en el alcance de la norma a pesar de la inalterabilidad de su texto, tal concepto no logra explicitar de forma satisfactoria los más variados casos enumerados por la doctrina como hipótesis de mutación constitucional. Tal insatisfacción se da por la complejidad fáctica y jurídica que el fenómeno de la mutación involucra. Como el significado, el sentido y el alcance de la norma sólo se alcanzan mediante su interpretación, algunos autores conciben la mutación como un problema de interpretación. Sumado a ello, como el intérprete principal y último de la Constitución son los Tribunales Constitucionales, se tiene que cambios impactantes en la Constitución, hoy, se insurrecen por esta vía. Sin embargo, no todo cambio interpretativo del Tribunal corresponde a la complejidad de una mutación. De esta manera, objetiva la presente investigación la necesaria diferenciación entre la interpretación constitucional y el fenómeno de la mutación. Además, se cuestiona la legitimidad de tal actuación del Tribunal ante el Principio de la Separación de los Poderes y su papel representativo en la dinámica de la democracia.

Palabras clave: interpretación constitucional; mutación constitucional; Poder Judicial; legitimidad; democracia representativa.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	8
<b>1 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO</b>	14
1.1 Elementos peculiares à interpretação constitucional	24
1.2 Os métodos de interpretação constitucional	33
1.3 Os princípios de interpretação constitucional	45
1.4 A função do Poder Judiciário na interpretação da Constituição	49
<b>2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO</b>	56
2.1 As origens do fenômeno da mutação: Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller, Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin	56
2.2 A difícil busca por um conceito de mutação constitucional	70
2.3 Interpretação da Constituição e mutação constitucional por interpretação judicial	83
<b>3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL</b>	92
3.1 A necessária análise do elemento fático na interpretação da Constituição e no fenômeno da mutação constitucional	94
3.2 Interpretação evolutiva e mutação constitucional: limites e diferenças	102
3.3 A problemática fonte epistemológica da mutação constitucional por interpretação judicial: opção ou imposição do método?	113
3.4 Mutação constitucional por interpretação judicial, força normativa da Constituição e Democracia: uma delicada relação	132
<b>4 FENÔMENOS AFINS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL</b>	144
4.1 A interpretação evolutiva, a revisão indireta e a reforma tácita da Constituição	144
4.2 O Costume	147
4.2.1 Um breve apanhado da figura do costume: histórico, tipos e características	148
4.2.2 A atual proximidade entre o costume constitucional <i>contra legem</i> e a mutação constitucional por interpretação judicial	153
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	159
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	164





## INTRODUÇÃO

Em paralelo ao meio formal de modificação da Constituição previsto em seu texto e formalmente regulamentado, há ainda meios informais de modificação do Texto Maior. Como a própria já nomenclatura sugere, tais modificações não seguem um roteiro específico, claro, onde é possível identificar seu início, sua forma, bem como seus limites. Nesse contexto informal é que se insere o fenômeno chamado mutação constitucional. Tal fenômeno costuma ser usualmente conceituado como uma modificação no sentido, no significado e no alcance da norma constitucional sem que tal alteração se faça presente na literalidade de seu texto<sup>1</sup>.

Cada Constituição é feita sob a influência de um determinado influxo histórico-político. Como bem explicitou Karl Loewenstein, em um plano puramente teórico, a Constituição ideal seria aquela onde a sintonia entre o disposto no Texto Maior e a realidade fática fosse tão perfeita, que a ordem normativa pudesse prever o desenvolvimento futuro de modo que não houvesse a necessidade de um ajustamento entre norma e realidade<sup>2</sup>.

Diante desse dilema normativo constitucional, papel de destaque é assumido pelos tribunais, mais especificamente pelos Tribunais Constitucionais. Estes, no exercício da atividade que lhe é inerente, assumem a árdua tarefa de interpretar as normas constitucionais em ambiente social, político, econômico e cultural diverso do existente à época da criação da

---

<sup>1</sup> A título introdutório, esse costuma ser o conceito de mutação mais difundido na doutrina. Exemplificativamente Luís Roberto Barroso assinala que “(...) mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015, p. 767. E-Books. Gilmar Ferreira Mendes, assinala que “ (...) O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional”. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 561 e 562. E-Books. Já Gomes Canotilho nomeia mutação de transição constitucional, e a associa com mudança no compromisso político, a saber, “(...) é uma revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1212.

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel Ediciones, 1965, p. 164.

norma<sup>3</sup>. Desta feita, atualmente, mudanças significativas no conteúdo da Constituição despontam na vida jurídica através das interpretações e decisões dos Tribunais Constitucionais e não através do meio formalmente previsto para tanto<sup>4</sup>.

Por conseguinte, as fronteiras entre a interpretação da Constituição e o fenômeno da mutação se tornam de difícil reconhecimento. Fato que levou alguns autores a identificarem o fenômeno da mutação adstrito à atividade interpretativa, compreendendo a mutação como um problema de interpretação<sup>5</sup>. Tal identificação ocorre pois o significado, o sentido e o alcance da norma só são obtidos através de sua interpretação. Desta feita, qualquer mudança no seu significado, sentido ou alcance perpassa por um processo interpretativo. De tal proximidade, disseminou-se como conceito mais difundido de mutação, a modificação no sentido, no significado e no alcance da norma que não se faz presente na literalidade de seu texto.

Sabe-se, contudo, que a interpretação judicial não se reduz uma mera transmissão de conteúdo ou de um dado prévio, ao revés, ela se volta para a resolução e conformação da

---

<sup>3</sup> Os desafios encarados pelo intérprete, em especial pelo intérprete constitucional, na aplicação da norma constitucional são vários. Além da constatação de modificações na realidade, o intérprete ainda se depara com as interpretações dos outros órgãos estatais, bem como as práticas e costumes constitucionais já sedimentados e socialmente aceitos. “Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um código legal, logo após sua promulgação surgem dificuldades sobre a aplicação dos dispositivos redigidos. Uma centena de pessoas sábias e experimentadas é incapaz de abranger, em sua visão lúcida, a infinita variedade de conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido entre o texto expresso e a realidade. Fixa-se o direito positivo; a vida, porém, continua. Desdobra-se em eventos diversos, manifestando-se sob os aspectos múltiplos: morais, sociais e econômicos”. BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 43.

<sup>4</sup> Tal pensamento pode ser constatado em Konrad Hesse quando ele afirma que “A problemática da revisão constitucional começa onde terminam as possibilidades da mutação constitucional”. Em outras palavras, atualmente o recurso a mutação é a primeira via buscada, daí que só se começa a preocupar-se com as questões da revisão quando a mutação não se faz viável. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. — São Paulo : Saraiva, 2009, p. 196 E-Books.

<sup>5</sup> Nesse sentido, Peter Häberle. Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes este autor procura “(...) negar autonomia dogmática ao fenômeno das mutações, afirmando que existe apenas a interpretação constitucional e que a mutação é um problema da interpretação”. MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49. E-Books.

realidade em constante modificação<sup>6</sup>. Assim, a interpretação judicial é dinâmica, evolutiva, e busca através de técnicas e métodos adaptar a Constituição ao tempo presente.

Como consequência dessa proximidade entre mutação e interpretação uma enorme variedade de decisões judiciais são doutrinariamente apontadas como hipóteses de mutação constitucional. No entanto, tal diversidade de casos, quando confrontados com o conceito mais difundido de mutação não conseguem ser explicitados de maneira completa e satisfatória. Isto se deve em virtude da complexa carga fática e jurídica que envolve os casos de mutação. Como se verá adiante, há situações nomeadas de mutação em que o Tribunal Constitucional não tinha outra opção a não ser se render a situação fática e já sedimentada na vigência da vida política e econômica do país. Há outros, em que o Tribunal Constitucional poderia ter se contido, mas se valeu da interpretação de normas principiológicas para impor normatização de cunho político.

Assim, será que toda mudança no sentido, significado ou alcance da norma a despeito da permanência do seu texto configura um processo de mutação? Em caso negativo, a partir de que momento se pode dizer que encerrou-se a interpretação da norma e deflagrou-se um processo de mutação? Quais as vantagens ou desvantagens dogmáticas em se confundir a interpretação dinâmica e evolutiva da Constituição com um fenômeno informal como a mutação?

E mais, será que interpretações do Tribunal Constitucional que tentam adaptar a Constituição à realidade presente, alargando o âmbito da norma constitucional, mas que se mantêm nos marcos de seu texto e sentido, merecem ser confundidas com casos outros onde o Tribunal extrapola tais marcos e faz conter na norma situações em clara contradição com seu programa e âmbito? Até que ponto pode o Tribunal Constitucional inovar no sentido da norma

---

<sup>6</sup> A interpretação judicial não é um fim em si mesma. Ela se distancia da simples compreensão voltada a mera transmissão de um conteúdo. Ela se volta a aplicação o direito, a configuração de uma situação fática, ou, como explica Betti — sintetizado por Castanheira Neves — e ela é entender para agir (decidir). “Tratar-se-ia agora do «problema do entender para agir ou, de qualquer modo, para decidir», já que o problema da interpretação jurídica seria «imposto pela necessidade de decidir, de tomar decisão perante um prático comportamento» — e ainda que nesse sentido fosse igualmente «a sua tarefa a de inferir de uma ordem preexistente» essa máxima da decisão ou da acção”. Castanheira Neves em explanação do pensamento de Betti. NEVES, Castanheira A. *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 56 e 57.

e manter-se nos marcos da interpretação? Até que ponto pode o Tribunal emitir novidades de cunho político sem perder a legitimidade de sua função?

Eis aqui o objetivo da presente pesquisa, na necessidade em diferenciação entre a interpretação evolutiva e dinâmica da Constituição e o fenômeno designado mutação constitucional. Só partido de uma diferenciação entre essas duas figuras é que se conseguirá visualizar casos onde o Tribunal Constitucional ultrapassa os limites da atividade interpretativa e se imiscui na seara da criação política. Para além disso, só partindo de tal diferenciação é que se conseguirá parar com a danosa identificação uma variedade de casos com traços distintos sob o mesmo manto da mutação. Como consequência, o aprofundamento neste debate se imiscui, ainda, nas funções contramajoritária e representativa do Tribunal Constitucional, bem como na seu papel na dinâmica da democracia.

No primeiro capítulo, tratou-se da problemática que envolve a interpretação da Constituição e a função do Poder Judiciário nessa atividade. Foi abordada a questão relativa aos elementos que distanciam a interpretação da norma constitucional da interpretação das demais normas, tais como a sua forte carga política, e a indeterminação e polissemia de alguns de seus termos. Desta feita, ocupou-se também, dos métodos e técnicas de interpretação geral, bem como dos princípios de interpretação associados a interpretação da Constituição e a forma como estes e aqueles se relacionam e possibilitam modificações na norma.

No segundo capítulo, passou a análise da estreita relação da interpretação da Constituição com a mutação constitucional. Aqui, partiu-se da investigação das origens do

fenômeno da mutação da Constituição na doutrina alemã<sup>7</sup>. Destacou-se, também, a dificuldade doutrinária em compor um conceito que consiga expressar toda a complexidade fática e jurídica do fenômeno da mutação. Desta feita, o fenômeno inicialmente compreendido como uma discrepância entre a situação constitucional e o prescrito na Constituição escrita, teve sua abordagem modificada mediante crescente atuação dos Tribunais Constitucionais.

Como consequência, no terceiro capítulo, dissertou-se sobre a mutação constitucional por interpretação judicial, a saber, das mudanças constitucionais que se valem da interpretação judicial para se imiscuir na seara jurídica. Partiu-se, nesta ocasião, da necessária análise que o elemento fático desempenha na interpretação da Constituição e no fenômeno da mutação. Tratou-se, também, dos limites e diferenças entre a interpretação evolutiva da Constituição e a sua mutação, no sentido de se identificar parâmetros que permitam enxergar onde cessa interpretação e se inicia a mutação. Em decorrência, desaguou-se na problemática fonte da mutação por interpretação, analisando se a mutação chega a ser ou não uma opção por tal caminho. Para além disso, diante da inegável inovação política advinda de alguns casos apontados como hipóteses de mutação constitucional por interpretação judicial ocorridos, explanou-se sobre as perdas e ganhos que esse fenômeno desempenha na dinâmica da democracia representativa.

---

<sup>7</sup> Ressalta-se, desde logo, que o tema de mutação sempre despertou, desde sua origem, bastante interesse e curiosidade. Desde então, identifica-se duas formas doutrinárias de tratamento desse fenômeno: a alemã, que se fixa no viés dogmático e conceitual e a estadunidense, que compreende o problema de uma forma mais flexível. Como afirma, Clara Mota dos Santos “(...) a ideia de mutação constitucional é objeto constante de estudo e debate, seja a partir de um viés dogmático e conceitual, que está na origem do termo na Alemanha, seja por um prisma teórico flexível, tal qual se compreende o problema da “*living constitution*” nos Estados Unidos”. SANTOS, Clara Mota dos. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2013, p. 149. No sistema estadunidense o problema da interpretação da Constituição representa um tema capital da prática e teoria do Direito Constitucional. Hsü Dau-Lin afirma que isto se deve a: estreita relação entre os juízes e a Constituição; ao difícil procedimento para a reforma da Constituição; a proximidade com o sistema inglês. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción: Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Onati: IVAP - Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 89 e ss. Desta feita, Dau-Lin explica que na abordagem estadunidense “Nadie ha querido afirmar, siquiera aproximadamente, que la interpretación constitucional con sus doctrinas de la «*loose construction*» y de los «*implied powers*» es una infracción de la Constitución, tal como se afirma en la doctrina alemana, donde se impugna, por lo general, la juridicidad de este modo de interpretar”. DAU-LIN, Hsü. *Ibidem*, p. 101. Desta feita, mesmo sendo inegável a relevância da interpretação constitucional no Direito Constitucional americano, diante das peculiaridades daquele sistema e por comungar da necessidade de se analisar o caráter jurídico das mutações constitucionais realizadas mediante a interpretação, optou-se por direcionar a presente pesquisa ao viés dogmático alemão.

Por fim, no quarto e último capítulo, tratou-se dos fenômenos afins à mutação constitucional tais como a revisão indireta, a reforma constitucional tácita e o costume constitucional, dando especial ênfase a este último pela complexidade dos elementos que o constitui.

## 1 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A interpretação, mais especificamente a interpretação constitucional, constitui uma porção extremamente complexa na qual se dedicam os estudiosos da Ciência do Direito. Longe de querer esgotar tal temática, a existência do presente capítulo se justifica pela íntima relação da interpretação com o fenômeno da mutação<sup>8</sup>. Tal relação é tão íntima que torna difícil traçar os contornos de uma e outra, e leva alguns autores a conceber uma como sendo espécie da outra<sup>9</sup>.

A ideia de Constituição como norma jurídica, aplicável e com pretensão de permanência faz com que algumas de suas normas sejam dotadas de estrutura mais aberta, menos densas e com conteúdo não tão bem delimitado. É o que confere o carácter dinâmico as normas constitucionais. Feitas sob a influência de um determinado momento histórico-político e com pretensão de durabilidade, tais normas, incidem sobre fatos sociais em constante modificação.

Tais normas constitucionais, assim como as demais, clamam a necessidade de uma posterior interpretação para que seja possível sua aplicação. No entanto, algumas peculiaridades específicas, fazem com que, além dos cânones tradicionais, a atividade interpretativa constitucional clame o uso de outras ferramentas, métodos ou princípios no seu desenrolar.

Mesmo as normas mais claras, de conteúdo mais evidente, necessitam de interpretação. Como ensina Carlos Maximiliano, até o conceito de clareza é relativo,

---

<sup>8</sup> Sobre a estreita relação entre interpretação e mutação, afirma Gilmar Mendes: “Atualmente, é possível encontrar, em estudos doutrinários, divergências em relação à extensão do conceito de mutação constitucional. Para a tênue linha entre mera interpretação constitucional e o início do processo de mutação há diferentes posicionamentos”. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira*. in: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151. E-Books.

<sup>9</sup> Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz. A autora enumera várias espécies de mutação constitucional dentre as quais figura a interpretação constitucional judicial. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2ª edição. Osasco: Edifício, 2015, p. 125 e ss.

questionável<sup>10</sup>. Até se chegar a conclusão de que determinada norma é clara, necessariamente se passa por um processo interpretativo. O conhecido brocardo *in claris cessat interpretatio*, que prega o afastamento da interpretação nos casos despidos de qualquer dúvida, é, atualmente, reinterpretado, significando que os casos claros apenas enfraquecem a atividade do intérprete, mas não afastam sua atuação<sup>11</sup>.

Como bem ensina Jorge Miranda, a inafastabilidade da interpretação se verifica na medida em que esta é necessária para a aplicação da norma. Para o autor, é através da interpretação que se obtém a leitura jurídica do texto constitucional, fora dela a leitura situa-se apenas no campo ideológico, político ou unicamente empírico<sup>12</sup>.

Vários fatores levam a acreditar que a interpretação da Constituição não se satisfaz tão somente com os métodos clássicos de interpretação. Essencial na atividade do intérprete é reconhecer que há peculiaridades exigidas pela natureza e fonte de algumas normas e que

---

<sup>10</sup> “O conceito de clareza é relativo: o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa orientação”. O autor ainda explana que, em um primeiro momento, “os apologistas do *in claris cessat interpretatio*, confundiam a essência da interpretação com a *dificuldade* ou amplitude da mesma: nas disposições claras o trabalho é menor; mas existe sempre. É ele que dá vida ao texto morto, ilumina a fórmula rígida”. MAXIMILLIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito* - 20ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30.

<sup>11</sup> Nesse sentido, MAXIMILLIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito...* op. cit., p.30; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. — 6ª ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2004, p. 106; e PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução: João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 559. Este último questiona retoricamente: “Mas quando é que se pode dizer que um texto é claro? Quando é claro o sentido que o legislador antigo lhe deu? Quando o sentido que se lhe dá actualmente é claro para o juiz? Quando os dois coincidem? (...) Resulta disto que um texto é claro enquanto todas as interpretações razoáveis que dele se possam dar conduzem à mesma solução. Mas vê-se imediatamente que um texto claro num grande número de situações pode deixar de sê-lo em circunstâncias fora do comum”. Já em sentido contrário, Konrad Hesse e Cristina Queiroz. Afirma Hesse: “Onde não se suscitam dúvidas não se interpreta e, com frequência, não faz falta interpretação alguma”. HESSE, Konrad. “*Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. — São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209. E-Books. Já a autora afirma que: “Os textos jurídicos interpretam-se quando, pragmaticamente, não são suficientemente claros para os fins de comunicação face a determinados contextos. Se não existem dúvidas, não há necessidade de se proceder a interpretação. Se o operador entende que a lei é clara, a sua aplicação é automática, sem mais juízo de valor do que o da lei e nenhum da sua parte”. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 103.

<sup>12</sup> E acrescenta: “Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma. Não é possível aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação.” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 314.



estas clamam o uso de técnicas e métodos diferenciados<sup>13</sup>. Sendo assim, o jaez supremo, a rigidez, a baixa densidade normativa, a vagueza e a ambiguidade de alguns termos, o caráter amplo e aberto da Constituição transformam sua interpretação em uma atividade desafiadora e permeada por dificuldades<sup>14</sup>.

Não há consenso, inclusive, sobre o que vem a ser, especificamente, interpretação constitucional. Para alguns, interpretar a Constituição significa desentranhar seu sentido e significado através de uma operação lógica<sup>15</sup>. Já para outros, como Paulo Bonavides, a interpretação da Constituição é muito mais do que retirar-lhe o sentido, é, sobretudo, atualizá-la<sup>16</sup>. Em outra linha, interpretação constitucional significa algo muito mais amplo, que se refere não só ao processo de especificação e densificação das normas constitucionais pelo órgão judicial. Segundo esse pensamento, a própria vivência e aplicação da Constituição pelos

---

<sup>13</sup> Para Maximilliano, esse deve ser o ponto de partida do hermeneuta. “A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, essencial à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e freqüentes”. MAXIMILLIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*...op. cit., p. 246.

<sup>14</sup> Segundo Enrique Alonso Garcia, o fato da subsunção constitucional ser repleta de especificidades, muitas vezes ela é chamada de concretização, e “(...) llega a suponer una auténtica creación de un sistema de normas subconstitucionales que se denomina oficialmente “doctrina”, que opera como una nueva norma-marco para sucesivas funciones de subsunción, equivaliendo, si el creador de la norma subconstitucional es el intérprete auténtico, a la Constitución misma”. GARCÍA ALONSO, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 1 e 2.

<sup>15</sup> Nesse sentido, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 19 e ss.

<sup>16</sup> “Não resta dúvidas que interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é atualizá-la”. O autor ainda adianta a relevância assumida pela interpretação quanto mais altos forem os obstáculos à mudança de curso da Constituição e ao procedimento de sua reforma. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 483.

demais órgãos estatais, grupos sociais e cidadãos também merecem o título de interpretação<sup>17</sup>. Há ainda os que consideram que a interpretação da Constituição é concretização<sup>18</sup>.

Tal falta de unanimidade é um reflexo dos longos debates, ocorridos em diversos ordenamentos, acerca da interpretação constitucional e de seus métodos. No contexto dos Estados Unidos da América, como bem ensina Canotilho, a controvérsia orbitou, por muitos anos, sobre a disputa entre as ideias interpretativistas (*interpretativism*) e não interpretativistas (*non interpretativism*). Já na seara alemã, as discussões se voltavam para a análise dos métodos de interpretação da Constituição, e nesse sentido, havia aqueles que defendiam o uso do método jurídico e aqueles que defendiam ser mais adequado o método científico-espiritual<sup>19</sup>.

Na Alemanha, segundo Karl Larenz, desde os debates mais antigos, do início dos anos cinquenta, até os que se desenvolveram posteriormente, ambos referiram-se, de uma forma ou de outra as mesmas questões<sup>20</sup>. Ou seja, sempre se questionou se os princípios de interpretação da lei comum seriam aplicáveis de forma irrestrita e suficiente à interpretação da Constituição. Para os que comungavam de tal pensamento, como Ralf Dreier, os desafios existentes na aplicação da lei comum, ou seja, de quando a lei deixava de ser *law in books* para se tornar *law in action*, eram semelhantes aos surgidos na aplicação da Constituição, e,

---

<sup>17</sup> Nesse sentido Peter Häberle. “O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelos menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm "lebt", interpretiert sie auch (mit)*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada”. HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13 e 14.

<sup>18</sup> “A interpretação constitucional é concretização (*Konkretisierung*)”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. — São Paulo : Saraiva, 2009, p. 222. E-Books.

<sup>19</sup> Canotilho observa que há contrapontos entre os debates ocorridos no âmbito alemão e americano. Explica o autor que “As compreensões e pré-compreensões subjacentes a estes dois métodos (jurídico e científico-espiritual) aproximam-se, em larga medida, dos *backgrounds* teóricos subjacentes, respectivamente, às posições interpretativistas e não interpretativistas”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p.1072.

<sup>20</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 510 e ss.

consequentemente, clamariam as mesmas técnicas de solução<sup>21</sup>. Nessa mesma linha de pensamento, Ernst Forsthoff anunciou que só através do métodos de interpretação desenvolvidos por Savigny é que seria possível a comprovação e o controle da atividade interpretativa. Forsthoff rejeitou qualquer recurso ao sentido da Constituição ou a valores a ela subjacentes, já que por esse caminho furtar-se-ia do controle pelos métodos tradicionais e correr-se-ia o risco de arbítrios, bem como da dissolução da própria Constituição<sup>22</sup>.

Semelhante raciocínio habitava o terreno das discussões estadunidenses, onde as correntes interpretativistas preconizavam que a atividade interpretativa deveria ater-se a identificar os preceitos existentes na Constituição, ou seja, deviam se limitar a executar normas constitucionais manifestas ou claramente explícitas. Por este pensamento, a atividade criativa do juiz não era legítima, e devia ser sempre limitada pelos postulados do princípio democrático<sup>23</sup>.

Esse era o pensamento que imperava na interpretação clássica da Constituição. A hermenêutica tradicional era toda voltada para a descoberta da vontade contida na norma, seja ela a vontade autônoma e objetiva da lei em si ou a vontade subjetiva do legislador. Os

---

<sup>21</sup> Esse era o pensamento predominante na interpretação clássica da Constituição. Paulo Bonavides sintetiza com clareza as razões de tal pensamento, explicitando que “A Constituição considerada assim lei ou tomada na sua acepção *jurídica* predisponha pois os juristas a interpretá-la como qualquer outra lei, sendo esse estado de ânimo bastante expressivo da profunda e ilimitada confiança depositada na obra racional dos constituintes e nos fundamentos sobre os quais repousava a sociedade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 464.

<sup>22</sup> Para Forsthoff o abandono das regras clássicas de interpretação representavam uma dissolução do conceito de lei e como consequência, ocorreria a transformação do Estado de Direito num Estado de Justiça. Enquanto que sob a égide do Estado de Direito (que para ele é o Estado de Direito Liberal) o juiz estaria submetido a Constituição, o juiz que interpreta a Constituição com base numa ordem de valores que lhe faz subjazer, torna-se, deliberadamente ou não, senhor da Constituição. “Otra cosa será, sin embargo, cuando los propios lindes son abandonados con la exigencia de una catalogación de las normas individualizada de derecho público, en el sentido sistemático del marco estatal de integración. Sentido sistemático imposible de identificar, con los medios de una precisa interpretación de la ley, que deja extramuros de las normas y de los contenidos accesibles con los medios de la exégesis, el punto orientativo central sobre el que gira la interpretación de las normas constitucionales”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*. Traducción: Patricio Montero-Martin. Madrid: Tecnos, 2015, p. 206. Ressalta-se, desde já, que voltar-se-á com mais profundidade a temática dos métodos em tópico específico dedicado ao papel dos métodos na modificação da Constituição.

<sup>23</sup> “Lo que, en último extremo, «distingue al interpretativismo de su contrario es su insistencia en que la obra de las ramas políticas (del Estado) sólo puede ser invalidada de acuerdo con una deducción cuyo punto de partida, cuya premissa fundamental es claramente descubrible en la Constitución» ELY, John H. *Democracy and distrust*. 1980, p.1. Apud ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas Editorial, 1994, p. 210.

intérpretes se dividiam entre subjetivistas e objetivistas<sup>24</sup>. Os subjetivistas voltavam seus esforços a identificar a *mens legislatoris* e revelá-la com a máxima fidelidade. Já os objetivistas se voltavam para a descoberta da vontade da *mens legis*, ou seja, da vontade autônoma e objetiva da lei.

Nessa época, todo labor interpretativo se circunscrevia no interior da norma, com a utilização dos elementos interpretativos clássicos preconizados por Savigny, o intérprete não ultrapassava os limites positivos da Constituição. Nesse sentido, a clássica interpretação constitucional, que imperava no Estado de Direito Liberal, servia-se muito mais em conservar a ordem estabelecida do que em operar modificações<sup>25</sup>.

Apesar do debate entre subjetivistas e objetivistas se encontrar ultrapassado pela filiação da maioria doutrinária as ideias objetivistas<sup>26</sup>, nada obstante, o tema ainda desperta interesse por destacar uma outra vontade que até os dias atuais têm grande força: a vontade do intérprete. Para Paulo Bonavides, a vontade do intérprete surgiu no século XX, como uma nova roupagem de outra vontade já conhecida, a do legislador<sup>27</sup>. No entanto, mais acertadamente, observa Raúl Canosa Usera, parafraseado por Luís Roberto Barroso, que a prevalência seja da vontade da lei, seja da vontade do legislador vai depender sempre desta outra vontade, a do intérprete<sup>28</sup>. O que nos leva a pensar que, no fundo, a disputa nunca foi

---

<sup>24</sup> “Como representantes da teoria subjetivista da interpretação vimos sobretudo Windscheid, Bierling, e, em certo sentido, Philip Heck, e como representantes da teoria objetivista, Kohler, Binding e Wach, bem como, posteriormente Radbruch, Sauer e Binder”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. op. cit., p.445.

<sup>25</sup> “Vivia-se a época de ouro da Constituições normativas, do formalismo jurídico, profundamente característico do estado de Direito do século XIX. Por onde veio a resultar um Direito Constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico do que político, mais técnico do que ideológico, mais científico do que filosófico. Um Direito Constitucional compacto, sistemático, lógico, que não conhecia crises nem se expunha às tensões e às graves tormentas provocadas pelo debate ideológico da idade contemporânea”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 465.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação...* op. cit., p. 113. Também nesse sentido, Paulo Bonavides. “O constitucionalismo clássico se manifestou obviamente em favor da escola objetivista, que melhor se amolda à sustentação do princípio constitucional e democrático, à ordem jurídica estabelecida pelo liberalismo e à sua concepção de Estado de Direito”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 464.

<sup>27</sup> “O voluntarismo é o traço marcante da corrente subjetivista. Ela se renova no século XX, com as modernas escolas da interpretação, que substituem o voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz”. BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 453.

<sup>28</sup> “Com agudeza, e não sem certa ironia, Raúl Canosa Usera observa que a preponderância entre a vontade do legislador ou da lei dependerá, sempre, de uma terceira vontade: a do intérprete”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...* op. cit., p. 114.

sobre a prevalência da vontade do legislador criador da norma ou da vontade autônoma da norma em si, mas da vontade do intérprete que, através da interpretação, decidia-se por uma ou por outra vontade <sup>29</sup>.

Em uma análise mais aguçada, se percebe que objetivistas e subjetivistas não se refutam, como dois polos contrapostos que se repelem. Com bastante propriedade destaca Karl Larenz que nenhuma das duas posições estão erradas, havendo, em ambas, premissas verdadeiras. O mérito dos subjetivistas foi reconhecer que existe uma intenção reguladora (do legislador) que se expressou bem ou mal, de forma completa ou incompleta, através do texto da lei. Observaram os subjetivistas que por trás da lei escrita, há uma valoração legislativa histórica e que ambas são vinculativas aos seus destinatários. Já o préstimo dos objetivistas foi se atentarem para o fato de que a lei, quando aplicada, ultrapassa a intenção legislativa inicial. Pelo fato de se destinar a incidir em fatos em constante modificação, o processo de aplicação da lei vai fazendo com que ela também se modifique, assumindo contornos não assumidos pelos seus criadores. Nesse sentido, o autor conclui que quem pretende entender por completo uma lei não pode descuidar das premissas verdadeiras emanadas dessas duas correntes<sup>30</sup>.

Não obstante, a discussão entre a preponderância da vontade da lei ou do legislador ganhou fôlego nas últimas décadas nos Estados Unidos. E desta vez contrapôs os

---

<sup>29</sup> Atualmente, a eleição dos critérios pelo intérprete em suas decisões é apontado como um fator de risco da Justiça Constitucional. Aponta Julio Alvear Téllez, seguindo as análises feita por Eduardo García de Enterría sobre os riscos da Justiça Constitucional, que “La fuente epistemológica de la interpretación constitucional no parece ser el texto de la carta sino la propia elección de criterios del Tribunal Constitucional”. TÉLLEZ, Julio Alvear. *Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la moderna política*. In: AYUSO, Miguel (editor). *El problema del Poder Constituyente*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 101. Nessa mesma linha, questiona García de Enterría “¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?” ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas Editorial, 1994, p. 158.

<sup>30</sup> “O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo às intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e de modo nenhum, independente delas. É antes o resultado de um processo de pensamento em que todos os momentos mencionados, ou seja, tanto os subjectivos como os objetivos hã-se estar englobados e, como já se apontou, nunca chega ao seu termo”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. op. cit., p.448 e 449.

originalistas, que preconizavam que o intérprete deveria buscar a vontade original de quem elaborou a Constituição e os não originalistas.

Destaca Roscoe Pound, que um dos primeiros desafios encarados pela interpretação foi evitar com que esta atividade se convertesse em legislação. Na tentativa de conter qualquer expansão do conceito de interpretação para além da extração, através de um processo dedutivo, de um conteúdo previamente implícito e de completa elaboração extrajudicial, se identificou a interpretação com a noção mecânica de aplicação da lei. Dentro dessa lógica, cada Poder possui sua função muito bem delimitada: o Legislativo elabora, o Executivo administra e o Judiciário aplica<sup>31</sup>. No entanto, tal postura deu sinais de enfraquecimento frente aos casos despidos de simplicidade, onde as questões suscitadas judicialmente não estavam previstas legislativamente. Ou não havia norma, ou a norma se mostrava insuficiente, e, nesse contexto, ao Judiciário não cabia, como o previsto, determinar o prescrito pelo Legislador, mas conjecturar o que ele teria disposto em situação semelhante.

Desta feita, no século XX, a clássica interpretação constitucional perdeu espaço com o surgimento de novos métodos interpretativos. Tais métodos foram fruto das transformações que o próprio constitucionalismo sofreu. O constitucionalismo do Estado Liberal, onde imperava positivismo lógico-formal, sofreu transformações substanciais principalmente no

---

<sup>31</sup> Tal postura, segundo Roscoe Pound, era identificada no Direito primitivo. Nessa fase, a lei primitiva era “(...) composta de normas simples, precisas, detalhadas, para situações definitivas e estritamente definidas”. A interpretação dessa lei escrita deu-se na tentativa de se evitar, “(...) de um lado, a excessiva pormenorização e, de outro, o sentencionismo prolixo, que são características do Direito primitivo”. POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito*. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965, p. 55 e ss. Essa primeira postura de separação e funcionamento dos três Poderes possuía um carácter nitidamente legicêntrico, onde a importância maior referia-se ao componente político do Poder Legislativo, já que era deste Poder que emanavam as diretrizes as quais deviam se ajustar os demais Poderes. “Ao Poder Judiciário se conferiu a tarefa de aplicação da lei aos casos concretos, cuidando-se para que tal mister fosse exercido de modo mais neutro possível em relação às opções políticas do legislador, que deveriam ser cega e mecanicamente implementadas pelos magistrados”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67 e 68.

que diz respeito a relação entre Estado e sociedade<sup>32</sup>. Nesta nova fase, marcada pelo ingresso do social na Constituição, a interpretação se afastou do formalismo e se aproximou de uma hermenêutica constitucional material. Como exemplo desses novos métodos de interpretação tem-se o método científico-espiritual preconizado por Rudolf Smend<sup>33</sup>.

As dificuldades abordadas acima dão relevo ao fato de que a interpretação encara dificuldades não tão distantes de seus dilemas iniciais. Até hoje existem interessantes debates sobre os métodos de interpretação da Constituição, e, principalmente, sobre as formas de conter a subjetividade nesse processo.

Sendo assim, através da atividade interpretativa e de seus métodos, sejam eles clássicos ou modernos, podem ocorrer mudanças na norma constitucional. Alguns métodos possibilitam mudanças em maior extensão em relação a outros, mas ambos podem provocar modificação na norma sem que a letra do texto elaborado pelo constituinte sofra qualquer variação.

A exemplo de tal fenômeno tem-se a evolução da concepção de direitos fundamentais plasmada na Constituição Alemã (1949). Lentamente, através da interpretação, o Tribunal Constitucional Federal Alemão foi modificando sua inicial concepção acerca dos direitos fundamentais, como direitos negativos, de defesa, e enxergando nesses direitos condutas positivas por parte do Estado.

---

<sup>32</sup> Paulo Bonavides explica com bastante propriedade a relação dualista entre Estado e Sociedade que imperava no Estado Liberal. “Essa posição correspondia naquela época ao reconhecimento de um dualismo manifesto: o Estado e a Sociedade. A teoria os proclamava, senão opostos, ao menos distintos e separados. O texto constitucional exprimia basicamente nesse entendimento clássico a organização do Estado, a limitação de seus poderes, a competência atribuída aos seus órgãos essenciais, a declaração de direitos fundamentais oponíveis ao Estado. Eram esses direitos que inseriam a Sociedade na Constituição”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 465. Cristina Queiroz também fornece valiosas explicações nesse tema e explana que a dicotomia Estado e sociedade era reflexo da divisão feita pelo constitucionalismo entre direito e política. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. op. cit., p. 35.

<sup>33</sup> A teoria da integração de Rudolf Smend é uma obra de extrema importância quando se trata de interpretação da Constituição. Seja pela duras críticas que fez e recebeu, o fato é que foi partindo da teoria de Smend que vários autores, como Konrad Hesse e Peter Häberle, desenvolveram outros expressivos métodos interpretativos da Constituição. “Na verdade, a irradiação do legado de SMEND deveu-se, em boa parte, ao brilho de alguns de seus discípulos que revalorizaram diversas componentes da sua teoria integrativa e científico-espiritual”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 339. Vale ressaltar que a temática dos métodos, suas insuficiências e relações com as modificações constitucionais será objeto de uma análise mais aprofundada no subcapítulo 1.3 do presente capítulo.

A Carta Alemã é uma Constituição de Estado de Direito Liberal, onde o legislador constituinte renunciou conscientemente a inclusão de direitos à prestações em seu bojo, caracterizando-se por ser um texto orientado, sobretudo, por direitos de defesa<sup>34</sup>. Nada obstante, tal característica não impossibilitou que, através da interpretação de outros dispositivos, o Tribunal Constitucional Alemão formulasse deveres objetivos por parte do Estado, bem como direitos subjetivos a ações positivas<sup>35</sup>.

Nos Estados Unidos, por exemplo, as diversas interpretações atribuídas as palavras liberdade, igualdade e comércio interestadual e internacional fizeram com que esses termos assumissem diferentes conteúdos constitucionais ao longo do tempo. Este último termo, comércio interestadual e internacional, sofreu uma modificação interpretativa tão impactante ao ponto de significar não somente a regulamentação jurídica do comércio por parte da Federação, mas sim de todo o processo econômico daquele país<sup>36</sup>.

São decisões como essas que suscitam debates sobre o papel da interpretação, seus métodos e seus limites. Tomando por base o caso alemão acima abordado, o Tribunal Constitucional alemão criou, por meio da interpretação, um direito social, prestacional, não

---

<sup>34</sup> Há apenas duas formulações sobre direitos sociais expressas no Texto Maior alemão, no sentido de configurarem um direito subjetivo a uma prestação, quais sejam, o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, §4º, da Constituição Alemã). No entanto, as Constituições dos Estados-Membros, além dos clássicos direitos de defesa, proclamam também direitos sociais, como o direito à moradia, ao trabalho e à educação. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 434 e 435.

<sup>35</sup> “Para o problema dos direitos subjetivos a prestações são particularmente interessantes as decisões nas quais se fez menção não somente a um dever objetivo do Estado — o que ocorre com frequência —, mas também a direitos subjetivos a ações positivas. Três decisões devem necessariamente ser mencionadas: a decisão a acerca da assistência social, de 1951; a primeira decisão *numerus clausus*; e a decisão sobre a Lei Provisória sobre o Ensino Superior Integrado na Baixa Saxônia”. Ainda explica Alexy que da análise das referidas decisões, o Tribunal pressupõe um direito fundamental a um mínimo existencial. “Diante disso, é possível afirmar que existe ao menos um direito fundamental social *não-escrito*, isto é, *que se funda em uma norma atribuída por meio de interpretação* a um dispositivo de direito fundamental. (grifo nosso). ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. op. cit., p. 436.

<sup>36</sup> “Las palabras “comercio interestatal e internacional” han sufrido en los Estados Unidos un cambio de tal significación (confr. infra, cap. IX, P. S., II, 6), que lo que se pensó como mínimo supuesto para asegurar una estructura federal, se ha convertido, en virtud del diverso significado de la palabra, em razón jurídica de una regulación por parte de la Federación, no ya del comercio, sino de todo proceso económico de los Estados Unidos, lo que sin duda supone una alteración de la estructura constitucional primitiva”. Cita ainda o autor outros termos que adquiriram conteúdo bastante diversos por meio da interpretação, como “propriedade” e “procedimento legal”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 133.



formulado pelo constituinte ou, ao revés, apenas extraiu um sentido já comportado no direito escrito?

Seja qual for a resposta, o fato é que interpretações judiciais inovadoras, que mudam o sentido e alargam o alcance que anteriormente se tinha da norma são meios propícios e bastante eficazes pelos quais as mutações podem se utilizar.

### *1.1. Elementos peculiares à interpretação constitucional*

Muito das dificuldades enfrentadas por quem interpreta a Constituição são fruto de algumas peculiaridades intrínsecas às normas constitucionais, advindas de sua estrutura, natureza, forma e conteúdo. Muito embora haja confluência entre algumas razões, não se pode falar que há unanimidade doutrinária em relação a todos os factores doutrinariamente mencionados como elementos que dificultam a atividade interpretativa constitucional<sup>37</sup>. Entretanto, decidiu-se, no âmbito da presente pesquisa, que dois elementos merecem uma análise expressa e mais detalhada, a saber: o carácter político e a estrutura das normas constitucionais, por se considerar estes os mais intimamente ligados a opção por critérios e métodos jurídicos peculiares.

---

<sup>37</sup> Diversos autores procuram elencar os fatores de perturbação ou de dificuldade que permeiam a interpretação constitucional. Jorge Miranda cita seis, a saber, a variedade das normas constitucionais quanto ao objeto e a eficácia; a indeterminação; a proximidade com factores políticos; a origem compromissória de algumas Constituições; a pré-compreensão ou a ideologia do intérprete e os diferentes critérios pelos quais os órgãos que aplicam as normas constitucionais se movem. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 652. Luís Roberto Barroso se refere expressamente a quatro: superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o carácter político. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação*. op. cit., p. 107. Anna Cândida da Cunha Ferraz muito embora cite, exemplificativamente, a supremacia e a rigidez constitucionais, os diferentes conteúdos, o carácter esquemático e genérico da Constituição, dá relevo ao elemento político e a tipologia das normas constitucionais. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit. p. 25 e 26. Paulo Bonavides fala em dois aspectos capitais em se tratando de interpretação de normas constitucionais, quais sejam, a superioridade hierárquica e a natureza política. BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 459 e ss. Enrique Álvarez Conde afirma que vários doutrinadores se empenharam em assinalar as peculiaridades acerca da interpretação constitucional e cita quatro, a saber: “(...)variedad de las reglas constitucionales, características de los términos utilizados en su formulación, aplicabilidad de las reglas constitucionales, carácter político de la interpretación constitucional”. CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1996, p. 166. Já em sentido contrário, Uadi Lammêgo Bulos destaca que os fatores político e a tipologia das normas constitucionais não possuem a força para qualificar a interpretação constitucional como especial. “É que aspectos político e tipológico suscitados pelos escritores, com o intuito de especificarem a índole da interpretação constitucional, não alcançam um resultado satisfatório”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99.

O caráter político das normas constitucionais assume especial destaque desde que se passou de um normativismo constitucional, característico de um positivismo formalista, para uma teoria material da Constituição. Nesse sentido, como bem observa Lenio Streck, a “politização” da Constituição está intimamente ligada a própria evolução da Teoria do Estado<sup>38</sup>.

Na medida em que a Constituição regulamenta a configuração fundamental do Estado, atribui e fixa a competência dos Poderes, disciplina e assegura direitos fundamentais, bem como direciona a ação dos governos, ela volta a sua ação disciplinar a um conteúdo marcadamente político. Tal fato leva alguns autores a concluir que a Constituição se empenha na transformação do poder político em jurídico, num esforço de juridicização do fenômeno político<sup>39</sup>.

A importância que o elemento político assumiu na interpretação das normas constitucionais foi se modificando juntamente com as próprias transformações pelas quais passou o constitucionalismo. Em um primeiro momento, o elemento político era totalmente desconsiderado na interpretação judicial. Num ambiente positivista tinha-se a consciência de que a lei era expressão e produto do Poder Legislativo, entretanto, na tarefa de aplicação desta

---

<sup>38</sup> O autor aborda a dimensão política das normas constitucionais para explicar a tensão entre jurisdição e legislação. “A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofamento em que convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), a *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal) e a *social* (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de essência do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente. É exatamente por isso Hans Peter Schneider vai dizer que a Constituição é direito político: do, sobre e para o político”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 106 e 107.

<sup>39</sup> Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. op. cit., p. 111. Valer ressaltar que, como bem observou Enrique Alvaréz Conde, a juridicização total e completa da política é impossível, e a politização da interpretação constitucional deve-se justamente a tal impossibilidade. “Así pues, la interpretación constitucional está más unida a los problemas políticos que las demás interpretaciones jurídicas. Esta politicidad de la interpretación constitucional se debe a la imposibilidad de juridificar totalmente la política, lo que no empece para afirmar que el Derecho termina siendo el resultante de la relación de las fuerzas políticas em juego”. CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. op. cit., p. 164.

pelo Poder Judiciário, este deveria manter-se o mais neutro possível em relação às opções políticas do legislador <sup>40</sup>.

O viés político das normas constitucionais sobressai com mais clareza quando se trata de normas principiológicas, ou seja, quando se analisa o caráter normativo dos princípios constitucionais. Segundo Paulo Bonavides, tais normas não são outra coisa senão princípios políticos que adquiriram juridicidade por terem sido incorporados na Lei Maior<sup>41</sup>.

Sendo assim, não há como desconsiderar o traço político da norma constitucional, traço este que acaba por exercer influências na escolha do método interpretativo aplicável. Tal fato ocorre porque o elemento político é instável, essencialmente dinâmico e desta feita, imiscuído na norma constitucional, não a cristaliza, ao revés, a reveste de uma plasticidade que não se dá por satisfeita com um método interpretativo de todo mecânico e silogístico<sup>42</sup>.

Deste modo, a utilidade do caráter político se dá na medida em que é nele que se pode identificar o regime e os valores políticos plasmados na norma constitucional, necessários na

---

<sup>40</sup> Elival da Silva Ramos bem explana a relação inicial entre direito e política, onde a aplicação das leis pelo magistrado deveria se dar de forma cega e mecânica. “Nasce, então, a tese positivista da separação entre a política e o direito, que, nesse primeiro momento, é levada ao extremo, pois, muito embora se reconhecendo que o direito têm a sua gênese atrelada ao processo político, entende-se que, uma vez criado pelo legislador, deve ser considerado pelos juristas e pelos órgãos incumbidos na sua aplicação de um modo puramente técnico, sem que entrem em linha de cogitação os conflitos de interesses presentes no processo prévio de tomada de decisão”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. op. cit., p. 68.

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 462.

<sup>42</sup> Nesse sentido, Jorge Miranda, quando cita o caráter político como elemento de perturbação da interpretação constitucional, ressalta “(...) a *rebeldia* deste em relação aos quadros puramente lógicos da hermenêutica”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...* op. cit., p. 652.

definição do conteúdo das normas principiológicas<sup>43</sup>. O elemento político, desta feita, faz com que o intérprete volte seu olhar para a ideologia ou valores políticos intrínsecos à norma<sup>44</sup>.

No entanto, a despeito de não se poder negar a significação política da norma constitucional, não se pode esquecer que a interpretação, e aqui se refere a interpretação judicial, é um ato jurídico, e enfatizar o caráter político comprometeria a própria razão de ser da interpretação constitucional mesma<sup>45</sup>. Assim, a existência do caráter político que configura as normas constitucionais não implica que o intérprete deve focar ou priorizar tal elemento sob pena de ater-se a um plano puramente ideológico ou político<sup>46</sup>.

Sobre os riscos de uma interpretação judicial da Constituição como opção política, Antonio Enrique Perez Luño fez uma valiosa análise, dissecando a polêmica que o componente ideológico provoca na interpretação.

---

<sup>43</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz explicando os ensinamentos de Carmelo Carbone, cita que o autor apontou três funções do elemento político na interpretação constitucional, a saber: “(...) definir o conteúdo dos princípios constitucionais que realizam os princípios políticos correspondentes; determinar a atualidade do regime político à base do qual é realizada a norma no último estágio da interpretação; e concretizar o fim público, que dá a medida da discricionariedade atribuída pelas normas constitucionais aos órgãos constitucionais”. Sobre a função de definição do conteúdo normativo, mais adiante a autora explana que as normas diretivas (ou programáticas) além de estarem ligadas à lógica da matéria e da própria estrutura jurídica do Estado, assumem a função de preencher o conteúdo de outras normas, as preceptivas obrigatórias (normatizam direitos e deveres) e as preceptivas institucionais (normas que criam instituições). FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 26 e p. 29.

<sup>44</sup> Uadi L. Bulos explana que quem se dispõe a “(...) interpretar as normas constitucionais pelo ângulo político, leva-se em conta mais do que o sentido e o significado das palavras sacadas da linguagem prescritiva do legislador constituinte; isto, para se considerar a *ideologia* ou os *valores políticos* que inspiram e corporificam os conteúdos normados.” Vale salientar que o autor utiliza a expressão ideologia como sinónimo da palavra valor. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. op. cit., p. 96

<sup>45</sup> Antonio Enrique Pérez Luño cita duas razões que comprometem a razão de ser da interpretação constitucional. “El primero se debe a quienes ignoran el carácter jurídico de dicha actividad, al enfatizar su significación política; el segundo a quienes por equipararla a la interpretación normativa del derecho privado terminan por disolver su peculiaridad”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 250.

<sup>46</sup> Para Paulo Bonavides a valorização excessiva do elemento político poderia desembocar no sacrifício da própria norma, bem como aniquilaria a valiosa vantagem estabilizadora advinda do formalismo da rigidez constitucional. “Teríamos assim, através do caminho inverso, por obra unicamente de intérpretes, reintroduzido no ordenamento constitucional a incerteza e a insegurança sobre o direito básico, justamente os elementos que a rigidez tivera a precisa virtude de remover”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 462.

Primeiramente o autor admite que o componente ideológico é consubstancial no processo hermenêutico, seja de forma consciente ou inconsciente por quem interpreta. Uma interpretação constitucional como opção política, ele chama de “uso alternativo do direito”<sup>47</sup>.

Em sua análise o autor destacou os riscos inerentes a uma interpretação judicial que prioriza o elemento político e assume, assim, uma função transformadora do direito existente<sup>48</sup>. Nessa linha, o sério perigo reside no fato dos magistrados, como Poder independente que são, caírem na tentação de agir em proveito próprio, ou de sua própria ideologia e não a serviço de interesses sociais<sup>49</sup>.

Conclui Pérez Luño que em uma sociedade livre e pluralista, onde as mais variadas alternativas políticas têm a possibilidade de assumir o poder e de se expressar através da legislação, não é admissível uma interpretação “alternativa” da Constituição, quando esta significar tão somente a imposição decisionista dos interesses ou valores que coadunam com a ideologia de quem interpreta. Um “uso alternativo do direito” só é legítimo, em um Estado de Direito, quando for sinônimo de compromisso de extracção da máxima possibilidade democrática da norma constitucional, residindo aí, o empenho do intérprete<sup>50</sup>. Ou seja, o recurso ao elemento político só será válido quando este corresponder ao que está positivado,

---

<sup>47</sup> A expressão “El uso alternativo del derecho” é utilizada pelo autor em referência ao Congresso ocorrido em Catania, em 1972, onde o debate principal orbitou, de uma parte, na denúncia da politização da interpretação e aplicação do direito burguês em favor dos interesses da classe dominante, e de outra, na politização do intérprete (com relevo ao intérprete judicial) com o intuito oposto, ou seja, na tutela dos interesses das classes populares. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. op. cit., p. 266.

<sup>48</sup> Também discorrendo acerca da dinâmica transformadora da norma constitucional ocasionada pelo elemento político, Anna Cândida Ferraz Cunha destaca: “Desta forma, a norma constitucional interpretada conforme o elemento político nela entranhado pode ganhar conteúdo novo. Em tal caso, esse elemento favorece a caracterização da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 28.

<sup>49</sup> Explica Perez Luño que “(...) la magistratura, como cualquier otro grupo detenedor de poder independiente, puede sucumbir a la tentación de utilizarlo en beneficio propio y no en el servicio de intereses sociales; el sistema jurídico actual difícilmente soportaría una mayor independencia de la magistratura respecto al poder legislativo, que, por otra parte, es quien se halla legitimado para realizar las opciones políticas.” E mais adiante salienta o seguinte risco: “los intentos de politizar abusivamente la interpretación jurídica, como un ataque al principio de legalidad, postulado básico del Estado de Derecho, que podían entrañar un fenómeno regresivo hacia formas propias de un «neonazismo jurídico»”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. op. cit., p. 267.

<sup>50</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. op. cit., p. 268.

significando isto que tal valor emane da própria norma e não de qualquer outra fonte, como, por exemplo, de valores pertencentes a quem ocupe o poder em um determinado momento<sup>51</sup>.

Outro autor que também dedicou atenção ao aspecto político das normas constitucionais foi Konrad Hesse<sup>52</sup>. Hesse, analisando o pensamento de Lassale, reconstrói a base fundamental do pensamento deste último, acrescentando, de forma bastante inteligente, uma palavra à citação feita por Lassale.

Explica-se. Para Lassale, questões constitucionais não são questão jurídicas, mas, sim políticas<sup>53</sup>. Preconiza Lassale a existência de uma Constituição jurídica e de uma Constituição real, e a capacidade da primeira está limitada a sua compatibilidade com a segunda, de forma que em um desacordo entre essas duas Constituições, prevaleceria a Constituição real. Nesse sentido, a Constituição jurídica não é mais que uma folha de papel desprovida de força quando confrontada frente aos fatores reais de poder.

Hesse, inteligentemente, não nega que questões constitucionais sejam questões políticas. Entretanto, ele reformula o pensamento de Lassale, afirmando que questões constitucionais não são, *originalmente* questões jurídicas, mas, sim, políticas<sup>54</sup>. Ou seja, ele próprio reconhece que questões constitucionais são questões políticas, mas apenas em seu nascedouro. Em um segundo momento, as questões constitucionais tornam-se, além de políticas, jurídicas.

Observa Hesse que a norma constitucional não tem uma existência autônoma em si, ou seja, ela surge da realidade fática, política e se volta para essa mesma realidade, e mais, ela se

---

<sup>51</sup> Como bem salientado por Canotilho, o recurso aos valores políticos só será legítimo “(...) só e enquanto eles constituírem «valores» positivados, integrados no conteúdo da norma constitucional a interpretar (não é legítima, assim, a invocação de «valores políticos» baseada no facto de eles corresponderem às directivas das forças hegemónicas ou das forças que detém o poder em determinado momento)”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1207.

<sup>52</sup> Hesse confere especial atenção ao elemento político dentro de sua explanação sobre a força normativa da Constituição. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 248 e ss. E-Books.

<sup>53</sup> “Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição (*Über das Verfassungswesen*). Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas, sim, questões políticas”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 249. E-Books.

<sup>54</sup> HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 250.

volta para a realidade com uma pretensão de eficácia, desejando que aquilo determinado por ela se torne real no mundo dos fatos<sup>55</sup>. Nesse sentido, além dela expressar um dever ser, têm a norma a pretensão de conformar a realidade para qual ela se volta, imprimindo ordem. Sendo, deste modo, conformada e conformadora da realidade a um só tempo.

Dessa forma, Hesse admite o elemento político como elemento originário e inerente a norma constitucional sem admitir, contudo, a prevalência desse elemento sobre o caráter jurídico da norma constitucional<sup>56</sup>. Defende o autor o condicionamento recíproco entre realidade e Constituição jurídica e conclui que a força normalizante da realidade e a força normativa da Constituição podem ser diferenciadas, mas não separadas, isoladas ou confundidas.

Desde modo, não há dúvidas que este constitui um grande dilema da Justiça Constitucional: a resolução jurídica dos conflitos constitucionais sem ignorar a natureza política nestes impregnada. Porém, o fato de as normas constitucionais envolverem uma transcendência política não implica que as demandas constitucionais não possam ser solucionadas ou sujeitas a critérios jurídicos<sup>57</sup>.

Já em relação a estrutura das normas constitucionais, tal característica assume especial relevância quando se trata de interpretação da Constituição justamente pela configuração

---

<sup>55</sup> Negar tal condicionamento, no sentido de separar essas duas realidades, “(...) leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”. HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 257.

<sup>56</sup> Hesse destaca os perigos de uma ordem jurídica que se submeta sempre a força da realidade, afirmando que um pensamento assim, conduz a negação do Direito Constitucional e do seu valor enquanto Ciência Jurídica, na medida em que reduz a função da Constituição a uma reprodutora da realidade fática, limitando-se a comentar e constatar a *Realpolitik*. Nesse sentido, não estaria o Direito Constitucional a serviço de uma ordem constitucional justa, servindo apenas como legitimador de uma ordem fática (que pode ser injusta). Cf. HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 253.

<sup>57</sup> “Ahora bien, el hecho de que los conflictos constitucionales, entendido en sentido amplio, tengan una gran transcendencia política no significa que su resolución no pueda sujetarse a criterios de Derecho y a formas jurisdiccionales; ese es el sentido de la justicia constitucional, la reducción del conflicto a unos causes jurídicos, sin que ello suponga el ignorar su naturaleza política. La aportación de la justicia constitucional es, pues, de carácter técnico y atañe a los medios de superación del conflicto: resolución por un tribunal — órgano independiente—, sujeto sólo al Derecho. Otra cosa, es que la naturaleza del juicio de constitucionalidad suponga la existencia de criterios y métodos jurídicos peculiares, que, como ha señalado García de Enterría, no por peculiares suponen una ruptura del sistema jurídico”. TREMPES, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 14.

genérica, reduzida e sintética de algumas normas constitucionais<sup>58</sup>, que irá influir diretamente na eficácia e aplicabilidade da mesmas, bem como na atuação do intérprete na escolha dos meios de interpretação e nos limites que a própria norma atribui<sup>59</sup>.

Como bem lembrado por Gregorio Peces-Barba, normas com baixa densidade normativa, como as principiológicas, não são exclusivas ao âmbito constitucional<sup>60</sup>. Tais normas, no processo de densificação de seu conteúdo podem (e devem) recorrer as normas constitucionais, numa interpretação conforme ou desde a Constituição. No entanto, quando a estrutura indeterminada diz respeito as normas constitucionais mesmas, estas, por estarem no mais alto grau hierárquico do sistema jurídico, não podem recorrer a outra norma superior para lhe auxiliar a determinar seu conteúdo. Nessa medida, quanto maior o grau de indeterminação da norma, maior a probabilidade do seu conteúdo corresponder àquele estabelecido pelo órgão dotado de competência para tanto<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Para Böckenförde a interpretação da Constituição refere-se ao desenvolvimento de algo previamente dado (normativamente) e não só meramente sugerido. No entanto, reconhece este autor o quão difícil a atividade interpretativa se torna quando a estrutura da norma é bastante indeterminada. “En ocasiones, dependiendo de la mayor o menor determinación o indeterminación material de la norma constitucional, esto puede convertirse en un proceso difícil, en el que la interpretación se ve llevada a su límite”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 193.

<sup>59</sup> “Tal vez el punto más problemático de esta cuestión sea el de su proyección en los enunciados constitucionales que contienen referencias substantivas, esto es, aquellos que hacen referencia a valores, principios e derechos”. PECES-BARBA, Gregorio.; FERNÁNDEZ, Eusebio.; ASÍS, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 242. Desde já, vale ressaltar, que a análise da tipologia das normas constitucionais é um tema bastante complexo e que demandaria o aprofundamento que desvirtuaria o objetivo da presente pesquisa. Bastando, para o propósito aqui pretendido, ressaltar a relevância que as diferentes categorias de normas constitucionais propiciam na interpretação e na modificação da Constituição.

<sup>60</sup> “Em primer lugar, conviene advertir que la existencia de principios no es un rasgo que caracterice exclusivamente a las normas constitucionales, sino que se trata de un tipo de normas también presentes en otros ámbitos y con una gran tradición jurídica”. O autor cita duas razões que singularizam a interpretação constitucional, a saber: a estrutura dos enunciados constitucionais e a ausência de de um marco normativo que sirva de referência na atribuição de significado. PECES-BARBA, Gregorio.; FERNÁNDEZ, Eusebio.; ASÍS, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. op. cit., p. 243.

<sup>61</sup> Garcia de Enterría aponta que textos constitucionais ambíguos e indeterminados clamam a necessidade de atuação do Tribunal Constitucional. No entanto, os critérios usados nas decisões nem sempre conseguem ter uma correspondência direta com textos de estrutura indeterminada, o que faz ressurgir, desde uma perspectiva mais atual, questionamentos sobre a legitimidade dos Tribunais Constitucionais. “En frase de BERGER, «hoy el campo de batalla se ha cambiado desde la existencia del poder (de *judicial review*) hasta los criterios con que se ejerce»”. BERGER: *Government by judiciary*, cit., p. 537. Apud ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 209.



É justamente aqui, que Peces-Barba indica um especial relevo ao critério sistemático<sup>62</sup>. Já que a norma constitucional não pode recorrer a outra superior para lhe determinar o conteúdo, deve ela buscar determinação dentro do sistema no qual ela pertence, ou seja, em outras normas de mesma hierarquia. Só dessa forma a norma pouco determinada terá um limite, mínimo que seja, para impor ao intérprete na determinação de seu próprio seu conteúdo.

A estrutura das normas se mostra tão relevante na temática da interpretação e da modificação da Constituição que, para Hsü Dau-Lin, a incompleta ou indeterminada estrutura de algumas normas constitucionais, ou seja, a estrutura como elas são plasmadas é que clama uma interpretação elástica e integradora, que geram mutações como um modo de auto conservação do Estado <sup>63</sup>.

Ante o exposto, em relação ao já citado viés político inerente as normas constitucionais é inequívoco que os conflitos submetidos aos Tribunais Constitucionais terão, necessariamente, substância política. No entanto, como bem aponta Garcia de Enterría, a resolução de tais conflitos permeados de politicidade seguem critérios e métodos jurídicos, o que caracteriza o Tribunal Constitucional como um órgão político por sua matéria e jurídico pelos métodos e critérios que adota<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Em relação ao critério sistemático como limite à atividade interpretativa, Peces-Barba esclarece que por este critério “(...) a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos debe atribuirse el significado establecido por el sistema jurídico, o bien no debe atribuirse el significado prohibido por el sistema”. Desde modo o critério sistemático funciona como guia, inspirando a atribuição de significados, e como limite, diminuindo o leque de possíveis interpretações. PECES-BARBA, Gregorio.; FERNÁNDEZ, Eusebio.; ASÍS, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. op. cit., p. 236.

<sup>63</sup> Mais adiante será aprofundado o pensamento deste autor, que concebe mutações exigidas e outras não exigidas pela própria Constituição. Bastando por hora esclarecer que “Así, para este autor, lo relevante no es la incongruencia de la situación constitucional real con el texto de las normas positivas singulares de la Constitución escrita («mutación de la Constitución en sentido formal o mutación de su texto»), habida cuenta de que el carácter incompleto, esquemático, equívoco y ambiguo de las formulaciones constitucionales exige una «interpretación constitucional elástica e integradora» que produce la mutación constitucional como un modo natural de que el Estado cumpla con su finalidad de autoconservación”. LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 101, Maio/Agosto. 2014, p. 129.

<sup>64</sup> Nesse sentido Klaus Stern, citado por Garcia de Enterría: “Pero jurisdicción sobre materia política no es lo mismo que jurisdicción política, en el sentido de jurisdicción que sigue el tipo y el método de la decisión política. Continúa siendo jurisdicción según el tipo y el método de la decisión judicial de litigios”. STERN, K. *Das Staatsrecht*, II, p. 957. Apud ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 178.

Nesse seguimento, na medida em que as peculiaridades da Constituição <sup>65</sup> demonstram mais dificuldades no trato com os métodos clássicos no processo de interpretação e aplicação de suas normas, tal fato não significa que ela se aparte por completo dos cânones tradicionais<sup>66</sup>. Como bem salientado por Jorge Miranda, na aplicação da Constituição, — assim como nas demais normas —, destina-se à conformação da vida e não a simples proclamação de enunciados abstratos e, nessa medida, ainda que compreenda algumas especificidades, não descuida por completo dos métodos tradicionais<sup>67</sup>.

### *1.2 Os métodos de interpretação da Constituição*

Como já aventado, uma das grandes discussões sobre a interpretação constitucional se debruça em saber se esta atividade consegue ser plenamente satisfeita fazendo uso dos métodos tradicionais sistematizados por Savigny ou, ao revés, se ela necessita o recurso a novos métodos ou princípios interpretativos exclusivos ao âmbito constitucional<sup>68</sup>.

Os métodos de interpretação constitucional se desenvolveram, como visto, na medida em que o próprio constitucionalismo sofreu transformações. Nesse sentido, passa-se, neste subcapítulo, à análise dos métodos de interpretação constitucional, não com o objetivo de mera exibição descritiva, mas com o enfoque no papel que os diferentes métodos podem

---

<sup>65</sup> Aqui se refere não só ao elemento político, mas a todas as demais peculiaridades já citadas anteriormente por diversos autores (*vide* nota de rodapé 31).

<sup>66</sup> “Pero, sin perjuicio de que hemos de volver sobre esas peculiaridades más adelante, interesa ahora precisar que esa singularidad de criterios y de métodos del juez constitucional *no constituye en sí misma ninguna ruptura del sistema jurídico*. Toda rama del ordenamento, en cuanto está animada de principios institucionales específicos, ha de ser también objeto de reglas interpretativas y aplicativas propias, y esto no es, pues, una excepción propia del Derecho Constitucional”. (grifo nosso). ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 179.

<sup>67</sup> “A interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera noutras áreas. Como toda interpretação jurídica está estreitamente conexas com a aplicação do Direito; não se destina à enunciação abstracta de conceitos, destina-se a conformação da vida pela norma. Comporta especialidades, não desvios aos cânones gerais (ainda quando se utilizem diversos métodos e vias)”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 654.

<sup>68</sup> A esse respeito, interessante estudo de Ernst-Wolfgang Böckenförde. O autor discorre que muito embora a competência da Justiça Constitucional esteja consolidada, os métodos de interpretação da Constituição não estão. “Al contrario, non si è consolidato, fino a questo momento, il metodo dell’interpretazione costituzionale, che è oggetto di una forte discussione in tutta la sua ampiezza, ossia sei suoi presupposti, negli obiettivi, nelle modalità previste per le sue argomentazioni e procedure.” BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. A cura di Michele Nicoletti e Omar Brino. Milano: Gufrè Editore, 2006, p. 62.

exercer nas modificações da norma constitucional e nos processos de mutação da Constituição<sup>69</sup>.

O método clássico têm como pressuposto a análise gramatical, histórica, sistemática e teleológica<sup>70</sup>. Segundo esse método, e através da manipulação dos quatro elementos citados, é que se pode alcançar uma interpretação jurídica, racional e controlável. Na ótica do método clássico, deve o intérprete vincular-se ao texto, tanto como ponto de partida, como limite a uma interpretação além ou contra a literalidade do próprio texto constitucional<sup>71</sup>.

Em linhas gerais, a interpretação gramatical é aquela que se volta para o conteúdo semântico e para o significado que os termos possuem no uso da linguagem. O critério sistemático analisa a norma como parte de um todo, de um sistema ou de uma unidade jurídica, lugar de onde advém o verdadeiro sentido da norma, impossível de ser captado se se considerar a norma de forma individualizada, alheia as conexões lógicas do sistema ao qual ela pertence<sup>72</sup>. Já a interpretação histórica volta seus esforços para apreender a *occasio legis*, a saber, para os motivos de inspiração do legislador na elaboração da norma. Pode voltar-se tanto para a vontade histórica do legislador como também para a especulação sobre qual seria

---

<sup>69</sup> Cuidadosamente atento as consequências que a escolha dos métodos de interpretação constitucional podem ocasionar, Carlos Blanco de Moraes ensina que, “Com efeito, o Tribunal Constitucional, a quem cabe a última palavra na interpretação da Constituição, pode adotar uma construção interpretativa que lhe permita atribuir às normas interpretadas um alcance maior e mais amplo do que aquele que decorreria do texto e da vontade do constituinte e auto-investir-se de faculdades que lhe permitam ultrapassar a simples função de controlo de constitucionalidade. Por conseguinte, a questão da escolha dos métodos de interpretação constitucional, constitui uma temática central da Ciência do Direito, ultrapassa essa dimensão para se revelar, igualmente, uma questão central de poder”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 605 e 606.

<sup>70</sup> “Os métodos clássicos de interpretação remontam ao magistério de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, e que, em seu *Sistema*, de 1840, distinguiu, em terminologia moderna, os métodos gramatical, sistemático e histórico. Posteriormente, uma quarta perspectiva foi acrescentada, que foi a interpretação teleológica. Com pequena variação, este é o catálogo dos métodos ou elementos clássicos da interpretação jurídica: gramatical, histórica, sistemática e teleológica”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. — 6ª ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

<sup>71</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1211.

<sup>72</sup> PECES-BARBA, Gregorio.; FERNÁNDEZ, Eusebio.; ASÍS, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. op. cit., p. 236.

a vontade contemporânea dele caso estivesse a par dos fatos e acontecimentos atuais<sup>73</sup>. Já a interpretação teleológica é aquela se que volta para o sentido, intenção ou finalidade da norma. Segundo Peces-Barba, por ser necessária à operatividade dos demais critérios, ostenta o título de principal<sup>74</sup>.

O recurso ao método clássico na interpretação constitucional parte do raciocínio de que cabe a Constituição, como lei que é, a aplicação dos mesmos métodos utilizados na interpretação das leis comuns. No entanto, em se tratando de interpretação constitucional, as quatro etapas do método clássico nem sempre se mostram satisfatórias, não conseguindo revelar de forma clara o sentido da norma. Tal dificuldade se dá por conta da falta de determinação que acomete o conteúdo de algumas normas da Constituição, que necessitam um preenchimento ou concretização para serem aplicadas juridicamente, bem como, também, das várias outras peculiaridades já abordadas anteriormente<sup>75</sup>. Daí o surgimento de outras alternativas, ou seja, de outros métodos aplicáveis à interpretação constitucional tais como, o método científico-espiritual, o método tópico-problemático, o método hermenêutico-concretizador, e o método normativo-estruturante.

---

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. — 6ª ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

<sup>74</sup> “Tanto la finalidad como el espíritu del enunciado se desprenden del examen de sus antecedentes, del sistema, de la realidad social, etc.” PECES-BARBA, Gregorio.; FERNÁNDEZ, Eusebio.; ASÍS, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. op. cit., p. 237. Barroso ressalta o grau elevado de importância deste critério juntamente o sistemático. “O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. op. cit., p. 136.

<sup>75</sup> Como alerta Gilmar Mendes, tais normas não se dão por satisfeitas com o método clássico e sentem a necessidade de outros métodos na sua interpretação. “A Constituição, em tantos dos seus dispositivos, assume o feitio de um ordenamento-marco, estipulando parâmetros e procedimentos para a ação política. Percebe-se que o método clássico não foi concebido para esses casos e se sente a necessidade de alternativas para lidar com preceitos desse cariz”. MENDES, Gilmar Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. — 9. ed. rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2014, p. 381. E-Books. No mesmo sentido, Konrad Hesse diz que “Restringir-se às “regras tradicionais de interpretação” supõe desconhecer a finalidade da interpretação constitucional”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentales do Derecho Constitucional*. op. cit., p. 221. Já Ermerson Garcia afirma que a insuficiência dos métodos tradicionais são reflexo de que “(...) a equiparação da Constituição à lei é nitidamente artificial”. E continua “(...) é uma ficção que não encontra ressonância na própria funcionalidade dos métodos tradicionais (...)”. GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 523 e 524.

Segundo Paulo Bonavides, o excesso de formalismo e juridicidade das correntes positivistas teve como reação o aparecimento de uma teoria material da Constituição, cuja as grandes matrizes são a tópica (Theodor Viehweg) e a corrente científico-espiritual (Rudolf Smend)<sup>76</sup>.

O método científico-espiritual foi concebido por Rudolf Smend. Para este autor o Estado, antes de ser uma realidade normativa, seria uma associação voluntária e soberana em constante processo de integração na realidade<sup>77</sup>. Já a Constituição corresponderia a ordenação jurídica deste Estado, lugar onde estariam plasmados os aspectos desse processo de integração, bem como os valores fundamentais que o nortearia<sup>78</sup>. Partindo desta concepção de Estado e de Constituição é que Smend elabora um método de interpretação que sirva a essa noção dinâmica de Constituição. Nesse sentido, postula o autor um método específico de interpretação das normas constitucionais, adaptados à interpretação de normas de conteúdo e natureza marcadamente políticos<sup>79</sup>. Assim, Smend admite a mudança da Constituição fora dos

---

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 496. Explana o autor: “Os métodos clássicos de interpretação, quais os formulou Savigny, sempre tiveram grande voga na jurisprudência dos séculos XIX e XX. Toda a velha metodologia está porém debaixo de pressões renovadoras. Em nenhum ramo do direito sua influência se fez mais patente do que no Direito Constitucional. De origem civilista, os métodos clássicos tinham já dificuldades em acomodar-se ao seu objeto — a Constituição — que, sobre a dimensão jurídica, comporta uma outra lata, de natureza política, entretecida de valores — o que fazia deveras precário o emprego da hermenêutica tradicional”. BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 494.

<sup>77</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito...* op. cit., p. 339 e ss. Rudolf Smend não compreende o Estado de forma estática e material, mas sim como um fluxo circular, uma tensão dialética indivíduo-sociedade. Em suas palavras “(...) el Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente contrastado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y cambio, puesta continuamente en duda”. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción: José M<sup>a</sup> Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 61. *apud in* URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 58, Enero/Abril. 2000, p.119.

<sup>78</sup> “A teoria integrativa de Smend, conforme ressaltou um dos seus críticos, representa a tentativa de superar o contraste rígido entre norma e fato, deslocando o problema para o debate sobre estática e dinâmica na teoria do Estado. Nessa teoria a Constituição é uma realidade integrante”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 179.

<sup>79</sup> “En general, se puede extraer dos ideas dominantes de la teoría de interpretación smendiana: la idea de movimiento como parte de concepto de Constitución — y, como elemento que se debe tener en cuenta cuando se interpreta — y la idea de globalidad”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.125. No mesmo sentido, Paulo Bonavides afirma que “Um dos merecimentos da teoria constitucional integrativa ou científico-espiritual é haver alargado, como nenhuma outra anteriormente, as possibilidades interpretativas da Constituição, preconizando a esse respeito uma metodologia mais ‘política’ do que ‘jurídica’”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 179.

processos formais de reforma desde que tal movimento corresponda a concretização de sua função integrativa.

No entanto, mesmo com a constatação da insuficiência dos métodos clássicos, a aceitação dos *novos* métodos de interpretação constitucional não se deu de forma pacífica e unânime.

Como já aludido no início deste capítulo, o método clássico encontrou em Ernst Forsthoff um enfático defensor. Reuniu este autor esforços na defesa deste método em contraposição ao método científico-espiritual. Nesse ponto, essencial se faz o exame mais detalhado sobre as defesas dos métodos clássicos e científico-espiritual, constante na obra de Karl Larenz <sup>80</sup>, sobre a interpretação da Constituição<sup>81</sup>.

Larenz despende sua análise dissecando as ideias de Forsthoff. Já é sabido que este último condenou a interpretação que se afastava dos métodos clássicos e recorria a valores. Depois de expor o pensamento de Forsthoff, Larenz critica-o, explicando que a referência a valores e ao sentido é requerida pela própria Constituição, e que o próprio Savigny não descuidou dessa ideia valorativa, posto que em sua metodologia, o elemento sistemático era designado por ele como elemento filosófico e desta feita não repulsou por completo a ideia de

---

<sup>80</sup> Karl Larenz, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*, realizou uma feliz análise da coletânea de artigos sobre interpretação constitucional, *Probleme der Verfassungsinterpretation* (1976), compilada por Ralf Dreier e Friedrich Schwegmann. Tal obra reúne a resenha de Larenz sobre os artigos de Peter Schneider e Horst Ehmke, Ernst Forsthoff, Alexander Hollerbach, Peter Lerche, Herbert Kruger, Christian von Pestalozza, Martin Kriele, Friedrich Müller, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Peter Häberle. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 510 e ss.

<sup>81</sup> Ressalta-se, desde logo, que não cabe no âmbito da presente pesquisa explicitar profundamente cada um dos *novos* métodos de interpretação constitucional. A complexidade dessa temática exigiria um trabalho exclusivo dedicado a este intento. Diante disso, a abordagem aqui realizada será tão somente direcionada para a relação dos métodos com as mudanças da norma e com os processos de mutação constitucional.

valor<sup>82</sup>. Afirma Larenz que contrapor os métodos jurídico e científico-espiritual não é a melhor saída, já que, para o autor, o próprio método jurídico não pode ser outro que o científico-espiritual. Nesse sentido, ele corrobora com o artigo seguinte da coletânea, o de Alexander Hollerbach. Observa o autor que a grande preocupação de Forsthoff com a arbitrariedade dos métodos e com a dissolução da Constituição, onde o intérprete não controlável, teria a discricionariedade de optar por valores subjacentes a ele, é um tanto exagerada, já que o método científico-espiritual não descuidaria, também, deste aspecto. Sublinha Larenz, que a temida dissolução da Constituição poderia sim acontecer, mas não pelo recurso ao método científico-espiritual, mas pelo mau uso dele, ou em suas palavras, pelo “seu manejo insuficiente”, bem como pela aproximação a um pensamento puramente tópico em detrimento de qualquer outro método<sup>83</sup>.

O que se depreende da análise dos debates já ocorridos a respeito da interpretação constitucional é que quando se vai fundamentar a escolha ou a opção por um método em detrimento a outro, parte-se de algo muito mais profundo e que ultrapassa a análise dos métodos em si e de suas consequências. Quando Forsthoff condena o uso do método científico-espiritual ele inicia seu discurso esclarecendo qual é a função da Constituição, para, a partir desse pensamento, explicitar porque os métodos mais modernos seriam incompatíveis com a própria natureza da Constituição<sup>84</sup>. O autor inicia seu raciocínio explicitando que a função da Constituição é a de estabilização e que tal função faz com que a interpretação da Constituição deva ter um caráter estático, que, por sua vez, só pode ser atingido através da

---

<sup>82</sup> Foi nesse contexto, das contraposições de Forsthoff e Smend, que originou-se o termo científico-espiritual. Forsthoff, em defesa do método clássico, rejeitava o método defendido por Smend e o nomeava de *geisteswissenschaftliche Methode*. Muito embora a tradução literal das palavras *Wissenschaft* e *Geist*, signifiquem, respectivamente, ciência e espírito, não era esse o real significado que o autor quis expressar. “A expressão *Geisteswissenschaft* tem um sentido próprio: ela denomina o que no Brasil se chama de ciências humanas. Ocorre que, na Alemanha, o direito não costuma ser considerado como parte das ciências humanas e é justamente essa contraposição que Forsthoff queria salientar, criticando o uso de métodos estranhos ao direito, ainda que pertencentes às ciências humanas”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. in: Virgílio Afonso da Silva (org.) *Interpretação Constitucional*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143, nota de rodapé.

<sup>83</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 511 e ss.

<sup>84</sup> “Nuestro punto de partida es la ley constitucional. De la que empezaremos por recordar su significado y lo que supuso, como un esencial elemento de legalidad allí donde se verificó la realización del Estado de derecho que las ideas de 1789 caracterizaban: la fijación del orden estatal liberal en forma de ley”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*. Traducción: Patricio Montero-Martin. Madrid: Tecnos, 2015, p. 204.

utilização dos métodos clássicos<sup>85</sup>. Já Hollerbarch, quando vai defender o uso do método científico-espiritual, parte da ideia de que a própria Ciência do Direito seria uma disciplina científico-espiritual, daí a opção por tal método ser uma consequência inescusável<sup>86</sup>. Diante disso, o que se quer esclarecer é que a defesa de um método de interpretação da Constituição como o mais adequado traz como pano de fundo o aprofundamento em conceitos que vão muito além de uma análise dos métodos em si, exigindo uma alusão minuciosa em conceitos que envolvem a Teoria da Constituição e a própria Teoria do Direito.

Para Forsthoff o grande problema da interpretação constitucional se deu a partir do momento que se tentou conferir um significado jurídico aos princípios programáticos contidos na Constituição de Weimar (1919), mais especificamente na segunda parte desta Lei. Como é de se suspeitar, para este autor tal atribuição não é possível. Segundo sua análise, tais normas são apenas, e tão somente, manifestações de promessas sociais ou meras ideias de política constitucional. E nenhuma interpretação inédita, como a sugerida por Smend, conseguiria apagar o fato de tais normas pertencerem ao rol das normas inexecutáveis<sup>87</sup>. E vai mais além. Afirma Forsthoff que tais normas inexecutáveis servem com maestria a ideia de Smend em considerar os direitos fundamentais a expressão de uma cultura ou sistema de valores<sup>88</sup>.

Ressalte-se, contudo, que não é somente ao fato de se olhar os direitos fundamentais sob uma ótica filosófica ou social que Forsthoff defere sua crítica. O que ele teme é a

---

<sup>85</sup> “Tal es la función que en su forma de ley la constitución comporta, y que mostrará su efectividad, en tanto que rigurosamente como tal texto normativo se tome. Con la forma de la ley, la constitución adquiere una estabilidad y evidencia de tipo específico. La constitución, como ley, se subordina a las reglas vigentes para la interpretación de ésta, haciéndose así reconocible en su sentido y controlable en su aplicación”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 204.

<sup>86</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 512.

<sup>87</sup> “Nada habría de destacable en este punto si, de los principios programáticos que la Constitución del Reich de Weimar ofrecía, lo único que cupiera deducir fuera una inclusiva manifestación de promesas eminentemente sociales; o lo que es igual, de meras ideas de política constitucional. Ahora bien, la verdad sea dicha, una interpretación semejante del contenido significativo de los derechos fundamentales, por muy novedosa que entonces fuera, nada puede contra la realidad de su pertenencia a las normas constitucionales inejecutables”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 208.

<sup>88</sup> “La existência de normas constitucionales inejecutables, no obstante, le brindan a Smend el pretexto para ver los derechos fundamentales con otra luz, bajo la que los reconoce como expresión de una cultura y de un sistema de bienes y valores, lo que a su vez le da pie para afirmar que, por lo que a su interpretación se refiere, tal cualidad expresiva: «constituye su más importante base interpretativa», porque para él remite a los artículos 1 y 3 del texto de Weimar”. FORSTHOFF, Ernst. *Ibidem*, p. 208.



utilização desse aspecto normativo como pretexto para validação de uma prática que, na sua aceção, de interpretação jurídica não possui muita coisa<sup>89</sup>.

Também imperioso se faz destacar que muito embora Forsthoff critique o método científico espiritual de Smend, tal crítica não implica que ele defenda a aplicação de um método positivista acrítico de interpretação da Constituição. Forsthoff é ciente que a Lei constitucional é revestida de peculiaridades que não podem ser ignoradas. Denuncia o autor que esse foi o erro do positivismo clássico, que insistiu em interpretar a Constituição nos mesmos moldes interpretativos aplicados as demais normas<sup>90</sup>.

Outro método de interpretação constitucional bastante conhecido é o método hermenêutico-concretizador. Konrad Hesse, ao defender este método de interpretação da Constituição parte de uma definição de Constituição que não corresponde a um sistema fechado, mas sim a uma ordem jurídica cujo objetivo é perseguir a unidade política do Estado<sup>91</sup>, objetivo este que deve ser constantemente empreendido<sup>92</sup>.

Em linhas gerais, este método leva em consideração a concreta situação histórica em que o intérprete se encontra, a saber, sua pré-compreensão, cuja fundamentação é tarefa da

---

<sup>89</sup> “No se trata, en modo alguno, de juzgar aquí si esa caracterización de los derechos fundamentales, por una ou otra razón, ya sea en sentido social o filosófico social, es cierta. Ya que de lo que se trata, mucho más, es de preguntarse si no estaremos, a través de ese inventario del sentido de las normas, ante una práctica que pretende hacerse pasar como válida interpretación jurídica. A la que sólo cabría reconocer como tal si dicho medio de inventariar significados se abstuviera de las ajenas normas de la hipóstasis”. Segundo Forsthoff, a abdicação do método jurídico em favor de uma arte interpretativa de carácter científico cultural “(...) exceden del marco interpretativo de la norma y, en la medida que sobrepasan, liquidan al mismo tiempo la Constitución como ley”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 208 e 211.

<sup>90</sup> “Así como tener la certeza de que el acrítico positivismo normativista de estricta observancia, con su perseverancia en interpretarla como si de cualquiera otra se tratara, la mantiene deudora y ligada, hasta en su esencia jurídica, a lo político constitucional”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 205.

<sup>91</sup> “Se a Constituição, como se pôde ver, não contém um sistema fechado e unitário (quer seja este lógico-axiológico ou de valores hierarquizados) e se a interpretação de suas normas não pode ser simples execução de algo preexistente, far-se-á necessário um procedimento de concretização que responda a essa situação”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 226.

<sup>92</sup> “O simples fato de que o conceito central de “produção da unidade política” aponte para um processo histórico concreto já significa que não se trata da unidade estática e abstrata de uma imaginária pessoa jurídica “Estado”. HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 165.

teoria constitucional<sup>93</sup>; a compreensão da situação real, ou seja, do problema para o qual a norma se volta<sup>94</sup>; a estrita vinculação desses processos ao texto, onde se encontra o programa normativo<sup>95</sup>; e a apreensão da realidade nos termos demarcados pelo programa normativo, a saber, o âmbito normativo<sup>96</sup>.

Além de Hesse, outro discípulo de Smend foi Peter Häberle. Este último, ao propor o recurso a diferentes métodos interpretativos, o faz baseado em um novo conceito de Constituição. Häberle também se contrapôs ao pensamento de Forsthoff e para tanto parte do entendimento de Constituição como um processo público, aberto ao futuro e, deste modo, ele acaba por desvalorizar a função estabilizadora da Constituição tão defendida por Forsthoff. Iniciando por este conceito de Constituição, como *law in public action*, é que Häberle defende

---

<sup>93</sup> “A tarefa assim colocada da fundamentação da pré-compreensão é, antes de tudo, uma tarefa de teoria constitucional, cuja formulação, entretanto, não ocorrerá a bel-prazer se constantemente confirmada e corrigida pela prática num intercâmbio contínuo”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 224.

<sup>94</sup> “Não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos. Também a captação do problema pressupõe um “compreender”; por isso, também depende da pré-compreensão do intérprete e igualmente precisa de uma fundamentação teórico-constitucional. Com isso, a Teoria da Constituição vem a ser condição de compreensão tanto da norma quanto do problema”. HESSE, Konrad. Ibidem, p. 225.

<sup>95</sup> “Porque está contido basicamente no texto da norma a se concretizar, o “programa normativo” deverá apreender-se pela interpretação desse texto no que diz respeito ao seu significado vinculante para a solução do problema. Aqui têm seu lugar os “métodos” de interpretação tradicionais: as interpretações literal, histórica, original e sistemática permitem que se elaborem elementos de concretização, podendo, com efeito, tais pontos de vista históricos, originais e sistemáticos ajudar a se fazerem precisos possíveis variações de sentido no espaço delimitado pelo texto; em relação ao ponto de vista “teleológico”, embora ele possa orientar a questão em determinada direção, por si só não propicia resposta suficiente, porque o sentido e a finalidade do preceito só se precisarão de forma indiscutível quando puderem ser confirmado com a ajuda dos outros elementos”. HESSE, Konrad. Ibidem, p. 225.

<sup>96</sup> Explica Hesse que a interpretação do texto não enseja a concretização exata ou suficiente da norma, daí a necessidade de complementar esse processo com âmbito normativo. “Dado que aquilo que pretendem as normas da Constituição é ordenar a realidade das concretas situações existenciais, ter-se-á de apreender essa realidade nos termos demarcados no programa normativo, em sua forma e caráter materialmente – e, não raro, também juridicamente – determinados”. HESSE, Konrad. Ibidem, p. 229.

a via das *alternativas possíveis*<sup>97</sup>, sendo este o caminho interpretativo mais ajustado a esse conceito de Constituição como processo aberto.

Canotilho, ao explicar as correntes interpretativistas e não interpretativistas também ressalta que os adeptos das correntes interpretativistas negam o recurso a valores e princípios justamente por se fundamentarem na ideia de que a função da Constituição é, principalmente, institucional e procedimental, cabendo a Lei Maior estabelecer os procedimentos e as competências dos órgãos e não estabelecer teologicamente fins ou conteúdos substantivos<sup>98</sup>.

De igual modo, Robert Alexy, quando postula a ponderação como modo de interpretar e resolver os conflitos entre direitos fundamentais alicerça sua ideia em uma construção teórica prévia sobre Direitos Fundamentais<sup>99</sup>.

Assim, muito das discussões em relação aos métodos como mais adequados a interpretação da Constituição estão mais preocupadas em juntar esforços na diminuição do

---

<sup>97</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 355 e 356. Propõe Peter Häberle a seguinte tese: "(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" (*zünftmässige Intepreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuern mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*). HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

<sup>98</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p.1070.

<sup>99</sup> Robert Alexy, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, segue a linha de um "*moralismo fraco*", pois muito embora assuma que o sistema jurídico seja conformado por princípios morais (que se formalizam em direitos fundamentais), sua concepção de direito situa-se entre o normativismo kelseniano e o jus-naturalismo de Radbruch. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 357.

espaço conferido ao intérprete no manejo da norma constitucional<sup>100</sup>. No entanto, quem se propõe a defender os *novos* métodos de interpretação constitucional, se baseia em toda uma teoria (Constitucional ou do Estado) anterior a essa defesa, que concebe a Constituição como uma norma aberta, sujeita a influxos valorativos e que condiciona o intérprete a optar por métodos que se ajustem a normas desse cariz. É óbvio que métodos menos formalistas conferem uma maior liberdade ao intérprete na aplicação da norma, possibilitando interpretações evolutivas e atualistas da Constituição, bem como contribuindo para processos de mudança da norma constitucional. No entanto, a opção por esses métodos, muitas vezes, não é arbitrária, mas sim uma escolha inescusável requerida pela própria norma constitucional de estrutura aberta.

Mais grave e problemático é, como aponta Julio Alvear Téllez, que a escolha dos métodos seja fruto tão somente da livre escolha dos juízes e intérpretes, e não algo condicionado, determinado ou estipulado pela estrutura da própria norma<sup>101</sup>. Nesse sentido, ele enumera alguns métodos de interpretação constitucional aplicados à interpretação das normas de direitos fundamentais, que ficam facilmente ao alvedrio dos intérpretes judiciais.

O primeiro deles é o método de hierarquização de direitos. Tal método propõe uma hierarquização rígida entre normas de direitos fundamentais, onde alguns possuem primazia em relação a outros quando não seja possível a coexistência de ambos<sup>102</sup>. Cita também o

---

<sup>100</sup> “Porém, na compreensão, interpretação e aplicação das normas que integram o ordenamento jurídico, a dimensão valorativa do direito jamais deixará de estar presente, assumindo maior ou menor importância dependendo da teoria hermenêutica que se venha a adotar e dos correspondentes métodos interpretativos, que propiciarão ao intérprete-aplicador maior ou menor autonomia na modelagem do material normativo preexistente”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

<sup>101</sup> Este autor analisa os problemas da interpretação constitucional e constata que sua função superou e muito a função que o positivismo clássico lhe atribuíra, fundada no postulado da segurança jurídica. “Lo anterior se confirma cuando se valoran los métodos de interpretación constitucional o los modelos de resolución de conflictos. No hay al respecto nada estable. Son muchos los métodos y *el arbitrio de escogerlos queda en manos de los jueces y de la modas intelectuales*.” (grifo nosso) TÉLLEZ, Julio Alvear. *Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la moderna política*. In: AYUSO, Miguel (editor). *El problema del Poder Constituyente*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 101, p. 104.

<sup>102</sup> Salienta o autor a aplicação deste método nos Estados Unidos (*preferred freedoms*) e na Espanha (*posición prevalente*). Acrescenta também que na prática não há acordo sobre a ordem hierárquica dos direitos e que devido ao seu alto grau de abstração, este método facilmente pode levar a soluções injustas. Além disso, o sacrifício total de um direito considerado hierárquicamente inferior vai de encontro a otimização e a unidade da Constituição. TÉLLEZ, Julio Alvear. *Ibidem*, p. 104 e 105.

método da ponderação (*balancing test*)<sup>103</sup>, o método dos limites<sup>104</sup> e o método da garantia do conteúdo essencial<sup>105</sup>.

Deste modo, a partir do momento que o constituinte originário optou por plasmar na Lei Maior normas com estrutura mais indeterminada, que se mostram rebeldes aos métodos clássicos, como aplicar, interpretar ou concretizar tais normas sem o recuso, também, a métodos menos formais?

Mesmo Forsthoff, que foi um enfático crítico de métodos menos formais de interpretação<sup>106</sup>, apontam sérias falhas no modo positivista de conceber a norma<sup>107</sup>. Para este autor, o positivismo jurídico, entendido como uma acrítica postura diante da norma concreta só seria possível se todas as demais instituições que compõem o sistema legal funcionassem

---

<sup>103</sup> De forma bem resumida, tal método consiste em estabelecer pesos aos bens jurídicos em questão para então decidir qual deverá ceder. Ressalta que há duas variantes da ponderação, a ponderação ampla, onde o contrapeso é feito de forma abstrata e a ponderação estrita, onde a determinação do peso de cada direito é feita no caso concreto após a aplicação de determinadas regras ou passos. TÉLLEZ, Julio Alvear. *Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la moderna política*. op. cit., p. 105.

<sup>104</sup> “El método de los límites de los derechos: busca delimitar los derechos subjetivos a fin de remover los conflictos que pueden producirse entre ellos”. Mais adiante complementa: “Hay discordancia en cuanto a los padrones que pueden servir para limitar los derechos constitucionales. Unos bregan por los límites externos, que son directos, si los establece la propia Constitución, e indirectos si los impone el legislador, bajo la forma de reserva legal expresa o tácita”. Em contradição com a teoria externa há quem defenda que os limites são internos. Tal teoria “(...) concibe a los derechos fundamentales como limitados por su propio contenido, de manera que una vez identificado su ámbito de aplicación, su ejercicio se despliega de manera ilimitada dentro de él”. TÉLLEZ, Julio Alvear. *Ibidem.*, p. 108.

<sup>105</sup> “(...) tenta salvaguardar los derechos fundamentales prohibiendo a las leyes afectar su contenido esencial”. Pode ser relativa, onde as possíveis restrições ao conteúdo essencial tem que ser justificadas pelo legislador através da proporcionalidade, ou absoluta, onde há um núcleo duro imune a afetação legislativa. A parte considerada não essencial pode sofrer limitações desde que justificadas pela proporcionalidade. TÉLLEZ, Julio Alvear. *Ibidem.*, p. 109.

<sup>106</sup> Como já visto, Forsthoff proferiu críticas enérgicas ao método científico espiritual de interpretação proposto por Smend. Dentre outras críticas cita-se a seguinte: “Con lo hasta aquí expuesto pretendía demostrar, y confío en haberlo conseguido, que los comentarios acerca de la interpretación de la Constitución obrantes en el libro de Smend exceden del marco interpretativo de la norma y, en la medida que lo sobrepasan, liquidan al mismo tiempo la Constitución como ley”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 211.

<sup>107</sup> Forsthoff afirma que “El positivismo jurídico viene determinado en su propia naturaleza por dos equivocaciones. La primera, la equiparación del derecho con la norma escrita o positiva. La segunda, la igualdad: norma = norma”. No entanto, ressalte-se que as críticas que este autor defere ao positivismo não significam uma negação ou abandono da positividade inerente as normas. “Pues el abandono del positivismo de ninguna manera supone el olvido de la positividad del derecho”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 263 e 208.

num nível e grau de confiabilidade tão grandes que os possíveis erros cometidos pelo legislador fossem reduzidos a categoria de raras exceções<sup>108</sup>.

Não se nega que a eleição de determinado método pelo intérprete judicial seja possibilitada por normas de estrutura mais aberta. No entanto, o que se quer aclarar é que essa escolha seja não só possibilitada pela norma, mas sim *determinada* por ela. Necessário se faz questionar se a escolha do método é realizada com o intuito deste ser um rumo certo para obtenção de um resultado pré-determinado, a saber, do uso dos métodos como mecanismos de manipulação para atingir determinado resultado decisório. Diante de tantas objeções, principalmente as de ordem democrática, que questionam as mudanças na Constituição possibilitadas por métodos e realizadas por um Poder que não o Legislativo<sup>109</sup>, o que se espera é que tais transformações ocorram visando a preservação e a adaptação da Constituição e não qualquer outro motivo de ordem privada ou corporativa.

Ante o exposto e nos moldes da presente pesquisa, a importância de se discutir os métodos de interpretação se revela na medida em que através de seu emprego resultam importantes alterações de sentido da Constituição, sendo possível, deste modo, a preservação da Constituição em meio as novas e constantes exigências da realidade social. Como o fenômeno da mutação constitucional é, como se aprofundará mais adiante, comumente conceituado como uma modificação no sentido, no significado e no alcance da norma a despeito da permanência de seu texto, a opção por métodos que permitem um alargamento no sentido da norma é um meio que este fenômeno pode constantemente se valer.

### *1.3 Os princípios de interpretação constitucional*

---

<sup>108</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 262.

<sup>109</sup> Muito se questiona a legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais e de suas interpretações com força de lei. Fundadas em um mito jacobino de representação da vontade popular, tais críticas asseveram que “(...) el Tribunal Constitucional se presenta, en nombre de una legitimidad superior, como un dique contra la mutación profunda que sólo las Cámaras pueden emprender; es un colegio aristocrático y frío opuesto a unas Cámaras pretendidamente irracionales, aprisionadas, improvisadoras, en desprecio de la única legitimidad que una democracia tolera, la representación de la voluntad del pueblo”. TÉLLEZ, Julio Alvear. *Síntomas contemporáneos del constitucionalismo...* op. cit., p. 165.

Além dos métodos interpretativos há ainda os princípios de interpretação constitucional. Em relação a estes últimos deve-se a Konrad Hesse a lista mais difundida<sup>110</sup>. Hesse cita cinco princípios de interpretação constitucional, a saber, unidade da Constituição, concordância prática, correção funcional, efeito integrador e força normativa da Constituição.

Para Hesse, a interpretação de algumas normas, bem como o processo de delimitação dos direitos fundamentais prescindem uma coordenação objetiva das respectivas relações ou âmbitos vitais. Aos princípios de interpretação constitucional caberia a tarefa de orientar tal processo de coordenação, dirigindo a valoração dos pontos de vista ou considerações necessários à solução do problema<sup>111</sup>.

A unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) significa que o intérprete não deve considerar as normas constitucionais de forma isolada, mas sim como disposições integradas, habitantes de um mesmo sistema, de forma a evitar contradições com as demais normas constitucionais que nesse mesmo sistema coabitam. Têm esse princípio pontos de ligação

---

<sup>110</sup> Muito embora a lista de princípios específicos à interpretação constitucional citados por Hesse seja a mais difundida no Brasil e em Portugal, segundo Virgílio Afonso da Silva, tal lista não goza da mesma unanimidade no país de origem do autor. Explica Virgílio Afonso da Silva: “Uma lista semelhante é difícil de ser encontrada em outras obras de direito constitucional alemão. Uma breve análise dos principais compêndios de direito constitucional alemão pode dar uma ideia disso”. Ressalte-se, que a observação feita por Virgílio Afonso da Silva não se dá com intuito de depreciar ou desmerecer a obra de Konrad Hesse, mas sim de alertar que a lista de princípios por ele legada não corresponde a uma sistematização unitária da doutrina constitucional alemã. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. in: Virgílio Afonso da Silva (org.) *Interpretação Constitucional*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005 p. 118 e 119.

<sup>111</sup> HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 230.

tanto com o clássico critério sistemático abordado por Savigny<sup>112</sup>, bem como com o efeito integrador preconizado por Smend<sup>113</sup>.

O segundo princípio que Hesse faz menção é o princípio da concordância prática (*Praktische Konkordanz*). De acordo com este princípio, a solução de um problema interpretativo deve preservar a identidade de todas as normas envolvidas posto que tais normas estão coordenadas entre si<sup>114</sup>. É uma consequência lógica da unidade da constituição, no sentido de que, se os princípios constitucionais fazem parte de um mesmo sistema unitário, na prática, eles *concordam* entre si e não *concorrem* entre si<sup>115</sup>.

Em seguida, cita Hesse o princípio da correção funcional (*Funktionelle Richtigkeit*), indicando que o órgão encarregado da função interpretativa deve manter sua atuação nos moldes preconizados pela Constituição. Nesse sentido, o órgão que interpreta não deve modificar ou expandir, através da interpretação, o marco das suas as funções atribuídas pela Constituição.

---

<sup>112</sup> Para Savigny a interpretação sistemática referia-se “a conexão interna que congrega todos os institutos e regras jurídicas em uma grande unidade”. SAVIGNY, Friedrich Carl von: *System des heutigen Römischen Rechts*.p. 214. Apud SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo...* op. cit., p. 126.

<sup>113</sup> “A unidade da Constituição trata-se da “*chave de sua identidade*” e predica a necessidade de se não interpretar uma norma isoladamente, mas integrada num sistema unitário e coerente, podendo derivar deste cânone a diretriz (smendiana) do *efeito integrador* (devem ser acolhidos os pontos de vista que favoreceram objetivos de unidade política). MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional...* op. cit., p. 641. Jorge Miranda também aponta a aproximação do princípio da unidade da Constituição com os passos da dogmática jurídica. “A unidade da Constituição é a chave da sua identidade. Somente a partir dela se chega à Constituição material de cada Estado em cada momento, assim como, encontrada esta, se torna possível e seguro descer para a dilucidação do sentido de disposições particulares (mas esses não são senão os passos da dogmática jurídica)”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. 1. 7ª edição. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 332.

<sup>114</sup> “Em íntima relação com o anterior encontra-se o princípio da concordância prática: os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que, na solução do problema, todos eles tenham preservada a sua identidade”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 231.

<sup>115</sup> Virgílio Afonso da Silva salienta a proximidade desse princípio com a ideia de proporcionalidade. “A ideia de concordância prática esta estreitamente ligada à ideia de proporcionalidade, pois exige que, na solução de problemas constitucionais, deve-se procurar acomodar os direitos fundamentais de forma a que todos possam ter uma eficácia ótima”. Esclarece o autor que, muito embora a ideia central seja a mesma — “a acomodação de direitos fundamentais colidentes com a menor perda de eficácia possível — a proporcionalidade é composta por três sub-regras, onde o sopesamento é exigência necessária, dois pontos que não se fazem presentes na ideia de concordância prática”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo...* op. cit., p. 127 e 128.



No entanto, se cada função já vem delimitada na Lei Maior e se cada Poder é ciente do seu papel, qual a real relevância desde princípio na interpretação constitucional? Na verdade, este princípio assume um maior relevo como reforço à liberdade de conformação do legislador e como forma de combater uma postura mais ativa do Tribunal Constitucional em assuntos político-jurídicos.

Nada obstante, como já abordado, em se tratando de normas constitucionais há uma grande dificuldade em separar o que é exclusivamente jurídico ou político, principalmente em Constituições como a brasileira onde além dos direitos fundamentais de primeira dimensão (ou de defesa), há a imposição de prestações positivas ao legislador<sup>116</sup>.

Outro princípio citado por Hesse é o da eficácia integradora. Segundo esse princípio, se a Constituição é uma unidade, na sua interpretação deve-se optar por soluções que preservem ou promovam tal unidade. Ou seja, na solução dos problemas jurídico-constitucionais o favoritismo deve ser conferido às soluções que mantenham a unidade político-constitucional<sup>117</sup>.

Por fim, Hesse finaliza sua análise com a força normativa da constituição. Consistindo este princípio em um procedimento tópico vinculado, guiado e orientado pela norma. Por este princípio, deve o intérprete buscar a máxima efetividade da norma constitucional tendo em vista a mutabilidade das possibilidades e condicionamentos históricos em que a norma é atualizada<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Segundo Virgílio Afonso da Silva, diante de tal dificuldade é que alguns autores como Böckenförde e Jestaedt levantam a tese da *constituição-moldura*, onde “(...) ao Tribunal Constitucional caberia uma tarefa meramente negativa, isto é, controlar se o legislador respeita os limites da moldura. Não caberia ao Tribunal, entretanto, controlar a forma como o legislador “preenche” o interior da moldura. Isso seria reservado ao campo da política”. E mais adiante faz o seguinte questionamento: “Se a constituição impõe prestações *positivas* ao legislador e se o STF é o guardião da constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?” SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo...* op. cit., p. 129.

<sup>117</sup> HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 234.

<sup>118</sup> Afirma Hesse que tal princípio pouco se diferencia dos demais já abordados. “Um critério de interpretação que, entretanto, em boa medida já satisfaz o que foi dito anteriormente é o da força normativa da Constituição”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 234. No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva. “É difícil separar o significado desse *topos* (força normativa da constituição) do significado de alguns dos *topoi* anteriores”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo...* op. cit., p. 131.

#### *1.4 A função do Poder Judiciário na interpretação da Constituição*

Intimamente ligada a análise dos métodos e princípios de interpretação constitucional está a análise da função do Poder Judiciário na interpretação da Constituição.

Como é sabido, a própria existência da Justiça Constitucional não foi algo despido de controvérsias. Famosas são, por exemplo, as objeções formuladas por Carl Schmitt, onde, em sua opinião, o Tribunal Constitucional sequer chega a tratar de conflitos jurídicos-constitucionais. Segundo Schmitt, para haver conflito constitucional, no correto sentido da palavra, as partes em conflito e a Constituição deveriam se relacionar de forma que a Constituição fosse semelhante a um contrato. No entanto, como explica Eduardo Garcia de Enterría, o conceito de Constituição elaborado por Schmitt é de decisão fundamental e como tal não poderia ser objeto de um processo<sup>119</sup>.

Nada obstante, a partir do momento que se concebe a Constituição como lei, a sua eficácia deve ser assegurada jurisdicionalmente<sup>120</sup>. Assim, consequentemente, se supera o debate inicial sobre a existência ou não de um Tribunal Constitucional, e se volta o debate para o modo pelo qual o Tribunal exerce seu poder, ou seja, como ele interpreta a

---

<sup>119</sup> Para Schmitt, a expansão do Poder Judiciário não transforma o Estado em jurisdição, mas sim os Tribunais em instâncias políticas. “Los *litigios constitucionales* auténticos son siempre litigios políticos; arriba, §11, III, pág. 126. La decisión de dudas y divergencias de opinion acerca de la constitucionalidad de leyes y reglamentos por un Tribunal especial (Tribunal de Estado, Tribunal constitucional, Tribunal de Justicia constitucional; comprobar arriba, §11, III, 4, pág. 131) no es una decisión procesal auténtica; pero, a pesar de eso, está encerrada en ese complejo de intereses, porque con ella se da una delimitación de la competencia general de comprobación judicial”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción : Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 146. Segundo Garcia de Enterría para Schmitt “No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia”. A atuação do Tribunal Constitucional no uso de suas funções não chega a ser jurídica. No julgamento dos recursos de amparo sua atuação seria administrativa (em sentido material) e na seara da interpretação constitucional, a atuação do Tribunal seria legislação sob a forma jurídica. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas Editorial, 1994, p. 159 e 160.

<sup>120</sup> Caso contrário, negar a condição de norma jurídica a Constituição é equipará-la a um compromisso puramente político, ocasional, substituível a qualquer momento, “(...) lo cual se traduce en una incitación positiva al cambio constitucional, por la vía del cual cada grupo intentará mejorar sus posiciones y, se le resulta posible, eliminar a sus competidores”. Já se se parte de uma concepção normativa de Constituição, “(...) la creación del Tribunal Constitucional es rigurosamente coherente com esa opción básica, es su consecuencia obligada”. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Ibidem*, p. 175 e ss.

Constituição, quais os critérios e métodos que ele utiliza para emitir suas decisões, bem como quais os limites dessa atividade<sup>121</sup>.

Segundo Jerzy Wróblewski, a interpretação constitucional têm múltiplas funções, que se distinguem a depender de quem seja o intérprete, bem como da instituição que determina a validade da decisão interpretativa<sup>122</sup>. Segundo as explanações deste autor, mais intimamente ligada ao Poder Judiciário está a função de controle da interpretação constitucional. Esta pode se manifestar de duas formas, a saber, analisando a constitucionalidade das leis, bem como responsabilizando constitucionalmente os autores do comportamento contrário a regras constitucionais<sup>123</sup>.

No âmbito dessa função de controle, necessita o Tribunal formular um juízo relacional entre a norma de controle (constitucional) e a norma controlada (ordinária), o que prescinde discriminar o significados das duas disposições legais. Nesse sentido, a função do Poder Judiciário na interpretação da Constituição está intimamente ligada a sua função de controlar a observância obrigatória da compatibilidade vertical das demais disposições e atos normativos em relação à Constituição<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz que é na interpretação judicial que a temática dos métodos se insurge com mais força. Explica a autora que muito embora os métodos e critérios interpretativos também estejam presentes nas demais interpretações constitucionais (como na legislativa, por exemplo) é na interpretação judicial que eles são profunda e frequentemente invocados. Na opinião da autora, na interpretação constitucional legislativa é a categoria das normas que assume maior importância, pois a depender do tipo de norma, maior é o espaço de conformação delegado ao legislador. Já na interpretação judicial é a questão dos métodos que assume especial atenção. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 103.

<sup>122</sup> Cita este autor três funções da interpretação constitucional, a saber, a função de orientação, que consiste em esclarecer quais comportamentos são contrários as regras constitucionais. A função de aplicação, que aparece na interpretação operativa da Constituição, quando suas regras são base normativas de outras decisões. E a função de controle, onde determinadas instituições controlam a observância da Constituição. Mais adiante, ressalta ainda que tais funções não se excluem, e exemplifica que o Parlamento pode, a um só tempo, interpretar e aplicar a Constituição como base normativa da sua função, bem como controlar a constitucionalidade das leis promulgadas por ele próprio. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 93 e ss.

<sup>123</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. Ibidem, p. 94 e 95.

<sup>124</sup> “Si esto es así, en cada planteamiento de constitucionalidad se partirá de una duda; duda consistente en si el significado atribuido a RL (regra legal) o a RC (regra constitucional) o a ambas es o no el significado apropiado: un control de constitucionalidad exige una interpretación constitucional”. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Ibidem, p. 99.

Ressalta-se, desde logo, que a interpretação constitucional judicial varia conforme os ordenamentos existentes, podendo ser realizada por todos os juízes e tribunais ou podendo ser atribuída a órgãos jurisdicionais especiais, ou, ainda, a órgão de cúpula do Poder Judiciário<sup>125</sup>.

O modo pelo qual a interpretação judicial se revela é através das decisões emanadas pelos juízes, tribunais ou Cortes. Assim, o Poder Judiciário interpreta a Constituição tanto quando analisa um caso concreto, como no âmbito do controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo abstratamente considerado. Ou seja, pode a norma constitucional ser interpretada quando invocada como fundamento de uma pretensão, num litígio de natureza constitucional, como também pode a norma constitucional ser interpretada num juízo relacional, como norma parâmetro de controle de constitucionalidade<sup>126</sup>. É justamente neste último caso, na possibilidade de controle judicial dos atos dos demais poderes constituídos onde há uma dilatação no campo de atuação do intérprete e, conseqüentemente, se formam maiores controvérsias acerca desta função.

A interpretação constitucional que ocorre nos ordenamentos que admitem a revisão constitucional pelo Judiciário dos atos dos demais Poderes, seja por via de ação ou por via prejudicial, é definitiva. Nestes casos, tal interpretação é atribuída, em última instância, a uma Corte Suprema capacitada da função, exclusiva ou não, de dar a última palavra acerca das

---

<sup>125</sup> Afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz que “A atribuição da função judicial de interpretar a Constituição varia, conforme o ordenamento. Pode ser exercida, indistintamente, por juízes e tribunais, sendo, nesse caso, tanto mais importante e de maior repercussão quanto mais alta for a competência do órgão que a exerça; pode ser atribuída a órgãos jurisdicionais especiais, ou pode ser reservada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário”. A autora ainda cita como exemplo dessa pluralidade o ordenamento mexicano, onde não há controle difuso de constitucionalidade, e conseqüentemente os juízes comuns não decidem questões de constitucionalidade. Cita também o Brasil e os Estados Unidos onde o controle jurisdicional de constitucionalidade é exercido por todos os juízes e tribunais. Menciona a Áustria e a Itália como exemplos onde existem Cortes Constitucionais que exercem controle de constitucionalidade, sob forma jurisdicional. Ressalta que no México, na Colômbia, no Panamá e no Brasil, a interpretação constitucional em último grau é confiada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 103 e 104.

<sup>126</sup> Em suma, há casos onde “(...) o exercício da função da jurisdição constitucional não implica controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo, e sim, em aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide”. E continua Anna Cândida da Cunha Ferraz, “Há, no caso, *questione di costituzionalità*, e não, *questione di legittimità costituzionale*, (...). O julgamento constitucional, *in casu*, não é incidental, e sim, *principalier*, mas sem os traços do *judicial control of legislation*”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Ibidem*, p. 104.

controvérsias constitucionais<sup>127</sup>. Nessa dinâmica, tanto os atos administrativos como as leis de aplicação da Constituição podem ser anulados pelo Poder Judiciário, bem como as próprias decisões dos juízes e tribunais inferiores podem ser, também, revistas pela Corte ou Tribunal Supremo dotado de autoridade máxima em matéria constitucional<sup>128</sup>.

O efeito da decisão judicial na função do controle abstrato, em caso de inconstitucionalidade, é a retirada da norma em desacordo com a Constituição do ordenamento jurídico. Fica claro aqui, a função do Poder Judiciário não somente como “boca da lei”, mas como autêntico legislador negativo, que tem o poder/dever de eliminar normas inconstitucionais do ordenamento<sup>129</sup>.

Georg Jellinek, tempos atrás, já apontava dentre as formas de modificação das Constituições rígidas, as que se davam através da edição de leis ou de simples resoluções. Observou este autor que os Estados onde não era assegurado ao juiz a tarefa de averiguar a concordância material da lei com a Constituição, não havia segurança alguma sobre a edição de leis contrárias a Constituição e aos seus princípios, e mais, não havia como controlar as modificações que tais leis acabavam por infundir na Constituição<sup>130</sup>. Aqui, a interpretação

---

<sup>127</sup> Um exemplo de tal situação é o ordenamento brasileiro onde, muito embora todo o Poder Judiciário seja apto a interpretar a Constituição, é do Supremo Tribunal Federal (STF) a autoridade final e definitiva sobre matéria constitucional. Vale ressaltar que quando se fala em definitividade das decisões do STF esta não significa sinónimo de imutabilidade, podendo tal interpretação ser modificada pela próprio Tribunal.

<sup>128</sup> Sobre a atuação do Tribunal Constitucional na averiguação da constitucionalidade das interpretações feitas por outros órgãos e intérpretes, Peter Häberle: “Uma Corte Constitucional como o *Bundesverfassungsgericht*, que afere a legitimidade de interpretação de outro órgão, deve-se valer de diferentes métodos, tendo em vista exatamente os participantes da interpretação submetida à sua apreciação. Isto já foi contemplado, superficialmente, de uma perspectiva jurídico-funcional: os tribunais devem ser extremamente cautelosos na aferição da legitimidade das decisões do legislador democrático”. HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 44.

<sup>129</sup> CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1996, p. 252.

<sup>130</sup> A esse respeito cita Jellinek a amplamente conhecida cláusula Frankenstein “(...) mediante la cual la institución de la matrícula de la contribución está en contradicción con el art. 70 de la Constitución del imperio, porque es elevado a institución permanente y se opone al art. 38, ya que le producto de los impuestos, con deducción de 130 millones de marcos, es entregado a los Estados particulares”. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução: Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1905, p. 406.

judiciária da Constituição está intimamente ligada a permissão ou não de modificações na própria Constituição.

No entanto, há ainda interpretações da Constituição que são invocadas de forma incidental em um processo subjetivo, por via de exceção. Inicialmente, nesses casos, os efeitos da decisão sobre a constitucionalidade se restringia às partes pertencentes à lide. Ocorre que, mais recentemente, justificados pelos argumentos da segurança jurídica e diante da multiplicidade de processos que chegam ao Tribunal Constitucional, iniciou-se um movimento voltado à estender os efeitos do controle concreto para além das partes litigantes. Foi o que ocorreu no ordenamento brasileiro, com a abstrativização ou objetivação do recurso extraordinário<sup>131</sup>, e com edição das súmulas vinculantes. Esta última corresponde a jurisprudência de observância obrigatória para todos os demais órgãos do Judiciário, bem como para a Administração Pública. Nesse sentido, os demais juízes e tribunais ficam vinculados a interpretar e aplicar as demais normas de acordo com os preceitos previamente interpretados pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa seara, maior controvérsia se forma quando o Supremo Tribunal transforma em súmula vinculante decisão que declara lei

---

<sup>131</sup> “O recurso extraordinário consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância (Art. 102, III, da Constituição brasileira)”. Explica Gilmar Mendes que em decorrência do “(...) referido aumento crescente de processos, o Supremo Tribunal Federal terminou avalizando uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”. E continua: “O Tribunal, por maioria, considerou que a declaração de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário, faz manifestamente improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade que tenham o mesmo objeto: a revelar promissora comunicabilidade entre as vias difusa e concentrada do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro”. E mais, estendeu a modulação dos efeitos (mecanismo previsto nas leis que disciplinam o controle abstrato de constitucionalidade) às decisões em sede de recurso extraordinário. “Ainda no plano da eficácia, cumpre referir decisões em recursos extraordinários nas quais o Tribunal, em homenagem à segurança jurídica ou a outro valor constitucionalmente relevante, modulou os efeitos do *decisum*. Conforme assentado na decisão proferida no HC 82.959 (progressão de regime nos crimes hediondos), *a limitação dos efeitos é um apanágio do controle de constitucionalidade, e razão jurídica não há para que tal instrumento, veículo mediante o qual a Corte pode integrar ao seu afazer o princípio da segurança jurídica, não seja utilizado também em sede de controle incidental*. As normas contidas nos arts. 27 da Lei n. 9.868 e 11 da Lei n. 9.882, ambas de 1999, nesse sentido, *menos que instrumentos procedimentais do controle abstrato, convertem-se em diretrizes interpretativas gerais*”. (grifo nosso). MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 4009 e ss. E-Books.

inconstitucional em processo de controle incidental e que não foi suspensa pelo Senado nos moldes do artigo 52, X, da Constituição brasileira<sup>132</sup>.

Assim, os efeitos das decisões judiciais levantam controvérsias em diversos ordenamentos. Perez Luño chamou a atenção sobre as sentenças interpretativas, como aquelas que determinam ou esclarecem o sentido em que um texto legal pode ser considerado constitucional ou inconstitucional<sup>133</sup>. Em Itália e em Portugal diversas são as análises sobre as sentenças manipulativas ou intermediárias, que, em nome da segurança jurídica, equidade e interesse público podem fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de forma mais restrita do que o previsto<sup>134</sup>.

Nesse sentido, diante da importância cada vez maior das decisões judiciais, seja com o relevo dos precedentes ou com a existência das súmulas vinculantes, potencializados pelo recurso de algumas técnicas como a modulação dos efeitos, é que Enrique Alvaréz Conde, suscitou, com razão, questionamentos acerca do papel da jurisprudência como fonte do

---

<sup>132</sup> A súmula vinculante está disciplinada no artigo 103-A da Constituição brasileira, e diz respeito a matéria constitucional que tenha sido objeto de reiteradas decisões do STF. Tem como objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. “Desde já, afigura-se inequívoco que a súmula vinculante conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis porventura declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental. É que não foi alterada a cláusula clássica, constante hoje do art. 52, X, da Constituição, que outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” E continua: “É que a súmula vinculante conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se dessume), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade”. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 4039 e 4040. E-Books.

<sup>133</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 250.

<sup>134</sup> No direito português a sentença manipulativa encontra autorização na própria Constituição portuguesa, art. 282, n. 4. O uso dessas sentenças é pertinente nos casos de omissões relativas, onde o Tribunal declara inconstitucional a lei na parte que não prevê algo que deveria ter previsto. “Nas sentenças aditivas, portanto, ocorre uma manifestação normativa da Corte, pois o texto da prescrição legal deixa de prever algo que seria constitucional. Assim, a Corte atribui um conteúdo elástico, mais amplo ao texto originário da lei, para abarcar uma situação que a lei deixou de prever”. VARGAS, Denise Soares. *Mutações constitucionais via decisões aditivas*. São Paulo: Saravia, 2014, p. 80. E-Books.

Direito<sup>135</sup>. Já Carlos Blanco de Moraes vai mais além, transcende a questão sobre as fontes de direito e lança sua preocupação sobre questões mais profundas, que envolvem o Princípio da Separação dos Poderes, a Teoria da Constituição e a própria Teoria do Estado. Observa este autor que a interpretação constitucional realizada pela Justiça Constitucional, bem como sua escolha por métodos interpretativos que possibilitam a mudança de sentido das normas constitucionais, suscitam questionamentos sobre qual, de fato, seria o *locus* do poder político soberano do Estado<sup>136</sup>.

Em suma, a função da interpretação judiciária pode (e deve) ser de proteger a Constituição frente a interpretações outras, realizadas de forma ilegal ou ilegítima por outros órgãos e Poderes. No entanto, a própria interpretação judicial pode ser a via que perpetua modificações ou mutações no Texto Maior<sup>137</sup>, o que justifica as preocupações doutrinárias acima aludidas<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> “Con ello queremos poner de relieve que no puede negarse sin más el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho, o como fuente extra *ordinem*, ya que parece evidente que forma parte del ordenamento jurídico, debiéndose, por tanto, efectuar toda una reinterpretación de lo supuesto por nuestro Código Civil. En efecto Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma de 1984, permite la fundamentación del recurso de casación no solo por infracción de las normas del ordenamento jurídico, sino también por infracción de la jurisprudencia (art. 1.692.5).” CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1996, p. 252.

<sup>136</sup> MORAIS, Carlos Blanco. *As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre interpretação e mutação*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 48. E-Books.

<sup>137</sup> “Pues bien, dicha función de «validación» de las mutaciones constitucionales no puede corresponder sino a la jurisdicción constitucional. La teoría clásica de la mutación constitucional lo apuntaba ya pero lo circunscribía a los Estados Unidos y constataba la impotencia de los Estados en los que no existía control de la constitucionalidad de las leyes para frenar las mutaciones constitucionales derivadas de las interpretaciones del legislador; así, señalaba Hsü que «puede la legislación ordinaria transformar un precepto constitucional cuando una ley vigente contradice la Constitución y al faltar instancias especiales para examinar su constitucionalidad puede quedar indemne». LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 101, Maio/Agosto. 2014, p. 139.

<sup>138</sup> Foi sobre tal fato que Jellinek debruçou sua preocupação, questionando se o papel do controle judicial de constitucionalidade era, de fato, a muralha mais sólida contra os abusos anticonstitucionais. “Así se referirá a la *judicial review* norteamericana para afirmar que en América el juez ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional por cuanto le corresponde dar vida definitiva a los contenidos constitucionales durmientes que el legislador va descubriendo con su actuación”. LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. op cit., p. 129. Também nesse sentido, amplamente conhecida as clássicas objeções de Schmitt. “Es necesario proteger la Constitución contra los abusos del legislativo, pero en modo alguno con una instancia de interpretación dotada de fuerza de ley. Contra el abuso de la forma legislativa se organizaría el abuso de la forma judicial”. SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. p. 98 Apud ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma...* op. cit., p. 162.



## 2 INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

*2.1 As origens do fenômeno da mutação: Paul Laband, Georg Jellinek, Hermann Heller, Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin*

Foi no contexto da Alemanha Imperial, sob a vigência da Constituição do Império Alemão (*Verfassung des Deutschen Reiches*), de 1871 a 1919, que se deu a constatação da existência de modificações no significado ou no sentido da Constituição sem a correspondente alteração formal em seu texto. Foram juristas da Escola Alemã de Direito Público, como Paul Laband e Georg Jellinek, os pioneiros a dedicar especial atenção ao fato de que a realidade constitucional se modificava à margem dos procedimentos formais de reforma.

Previamente, necessário se faz tecer algumas considerações sobre o contexto onde se desencadeou os primeiros estudos sobre o fenômeno da mutação. Primeiramente, a Constituição do Império Alemão foi uma Carta que unificou distintos Estados. Representou este Texto Maior o elo que unificava e se sobrepunha ao regime organizativo individual de cada um dos Estados membros, que iam desde monarquias a repúblicas. Em segundo lugar, não houve uma adaptação formal de alguns ordenamentos de tais Estados membros em relação ao ordenamento Imperial. Em terceiro lugar, não dispunha a Constituição de um mecanismo extremamente rígido para sua revisão. E, por fim, na época não havia controle judicial de constitucionalidade<sup>139</sup>.

Desta feita, e partindo da noção de Constituição como norma dotada de um certo grau de rigidez, é que juristas da Escola Alemã de Direito Público constataram a existência de modificações que se davam alheias ao prescrito na Norma Fundamental.

Um dos primeiros juristas alemães a se dedicar a tal temática foi Paul Laband<sup>140</sup>. Laband abordou o fenômeno da mutação constitucional explicitando que, apesar de serem normas jurídicas em sentido estrito, as Constituições podiam ser transformadas pela ação

---

<sup>139</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 58, Enero/Abril. 2000, p.106 e ss.

<sup>140</sup> Sobre esta temática, bastante conhecida é a obra *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, publicado no *Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresden*, 1895, desde autor.

estatal sem sua correspondente modificação expressa<sup>141</sup>. Destacou este autor que as vias mais importantes pelas quais as mutações se impuseram na Constituição do *Reich*, foram pela edição das leis do *Reich* e por meio dos usos e costumes dos poderes públicos<sup>142</sup>. Nessa conjuntura, era a ausência de regulamentação das instituições centrais do Estado Alemão por parte da Constituição que fomentava a edição de tais leis, que, em última medida, acabavam por transformar a situação constitucional do *Reich*<sup>143</sup>.

Fato relevante no estudo de Laband é que após este autor destacar a grande quantidade de modificações informais sofridas pela Constituição Imperial Alemã, ele conclui pela impossibilidade de controle jurídico de tais câmbios. Para Laband, a compatibilidade das leis ordinárias em relação a Constituição configura um postulado de política legislativa e não uma

---

<sup>141</sup> “Entendeu o grande publicista alemão que uma Constituição, independentemente de reformas, poderia ser modificada, permanecendo intacta a letra de suas normas. Utilizou, então, a terminologia *verfassungswandlung*, que significa mutação constitucional, porque queria aduzir às mudanças informais que transcorriam à margem da técnica de reforma, a qual já era conhecida pela expressão *verfassungsänderung*”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 60.

<sup>142</sup> Ana Victoria Sánchez Urrutia, explicitando a doutrina de Laband, afirma que o autor, na descrição dos casos mais importantes de mutação ocorridos na Constituição do *Reich*, observou que tais mutações de deram por três vias principais: “(...) regulación por parte de las leyes del *Reich* de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del *Reich*, modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del *Reich* que contradicen el contenido de la Constitución y alteración del los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.108.

<sup>143</sup> Como exemplo da insuficiente regulação constitucional acerca das instituições centrais do Estado Alemão, Ana Urrutia cita: “La inexistencia de definición de la posición política de los ministros del *Reich*, la no previsión de un procedimiento de incorporación de nuevos territorios a la Unión Alemana, la regulación constitucional imperfecta y escasa de las finanzas del *Reich* y la vaga e incompleta previsión constitucional de los criterios de distribución competencial entre los *Länder* y el *Reich* suponían que su situación real sólo pudiese ser deducida del contenido de las leyes del *Reich*. Así, para Laband, la mayoría de las leyes suponían, en la práctica, un cambio de la situación constitucional del *Reich*”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Ibidem*, p.108 e 109.

máxima jurídica<sup>144</sup>. Sendo assim, a ideia chave que ele associou ao fenômeno da mutação foi a ideia de necessidade política<sup>145</sup>.

Assim, muito embora tenha sido Laband quem primeiro conceituou o fenômeno da mutação, sua definição não conseguiu precisar o fenômeno em toda sua complexidade. Ofereceram seus estudos, muito mais uma catalogação das principais situações de mudanças da situação constitucional do Império que não se fizeram vistas no Texto Maior, do que uma definição precisa do fenômeno da mutação em si<sup>146</sup>.

Outro autor que igualmente se dedicou ao estudo das mutações constitucionais foi Georg Jellinek<sup>147</sup>. Observou este autor que a rigidez da Constituição, em muitos casos, não

---

<sup>144</sup> Segundo Laband “(...) la regla según la cual las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no un axioma jurídico...” LABAND, Paul. *Das Staatsrechts des deutschen Reiches*, vol. II. Se ha consultado la versión francesa: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, vol. 2, Giard & Brière, Paris, 1901, pág. 314. Apud URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.110.

<sup>145</sup> Explicou Hsü Dau-lin que os autores que se dedicam sobre a temática da mutação constitucional geralmente relacionam a expressão mutação com alguma ideia chave. “En el caso de LABAND, por ejemplo, el aspecto principal de su descripción es la necesidad política”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción: Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Onati: IVAP - Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29.

<sup>146</sup> Nesse sentido, Francisco Fernández Segado afirma: “Laband, como já citado, foi o responsável por criar o conceito de mutação constitucional, entretanto não ofereceu uma definição precisa. Na realidade o que veio fazer foi identificar com tal conceito aquelas mudanças na situação constitucional (*Verfassungszustand*) do Império, por utilizar a expressão de Hesse, que não tiveram um reflexo formal na Constituição”. SEGADO, Francisco Fernández. *As mutações jurisprudenciais na Constituição*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90. Segundo Hsü Dau-lin, Laband “(...) sólo enumera de modo poco específico en su trabajo *Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, 1895, algunos casos: posición del Canciller del *Reich*, iniciativa imperial, la cláusula Franckenstein sobre cuotas de matriculación etc. Incluso en su segunda obra: *Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit Reichsgründung*, 1907, renunció a una sistemática contentándose con la simple clasificación según materias que experimentaron una mutación: por ejemplo, relación del *Reich* con los Estados miembros, territorio federal, súbditos del *Reich*, Emperador, *Bundesrat*, *Reichstag*, etc”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 32.

<sup>147</sup> Em 18 de março de 1906, Georg Jellinek proferiu, na Academia Jurídica de Viena, uma conferência sobre reforma da Constituição e mutação constitucional de onde se originou a conhecida obra *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin: Häring, 1906. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción: Christian Forster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 3.

constituiu um mecanismo suficiente para assegurar sua estabilidade<sup>148</sup>. O traço que mais se destaca nos ensinamentos de Jellinek foi a utilização da intencionalidade da modificação como critério distintivo do fenômeno da mutação quando comparada com a reforma constitucional<sup>149</sup>. Assim sendo, considera este autor que a modificação ou a supressão da Constituição por via revolucionária, bem como a modificação por via consuetudinária, constituem formas de reforma constitucional. Isto é, segundo Jellinek, todo ato que modifica a Constituição, desde que imbuído de intenção para tanto, ou seja, que corresponda ao resultado de uma ação voluntária e intencionada nesse sentido, é, também, reforma constitucional.

Reconhece o autor o risco que a Constituição sofre em ser paulatinamente modificada através da interpretação do legislador que pretende concretizar o conteúdo constitucional por meio de leis ordinárias, ou da interpretação jurisdicional, que está sujeita a necessidades e opiniões de quem interpreta<sup>150</sup>. Assim, afirma que a Constituição pode sofrer modificações informais pela prática parlamentar, pela administração e pela jurisprudência<sup>151</sup>. Jellinek afirma que os regulamentos parlamentários se relacionam juridicamente com a Constituição como os

---

<sup>148</sup> “Ahora bien, las experiencias prácticas que se han hecho con estos medios obstacularizadores de la reforma de la Constitución, no han respondido a las esperanzas que se atribuyen a su eficacia”. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación...* op. cit., p. 15. Essa mesma conclusão, mais tarde, se observa em Forsthoff quando ele afirma que a estabilidade constitucional é mais garantida pelo estabelecimento de limites interpretativos do que pelos procedimentos rígidos ou super-rígidos previstos na Constituição. “Su estabilidad (da Constituição), más allá de las dificultades que su modificabilidad representa, le viene dada por los límites que a la interpretación de la ley, por su objeto, le son impuestos”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*. Traducción: Patricio Montero-Martin. Madrid: Tecnos, 2015, p. 204.

<sup>149</sup> “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación”. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. op. cit., p. 7.

<sup>150</sup> “Los preceptos constitucionales a menudo son oscuros o extensos y sólo el legislador les da sentido preciso mediante leyes que los concretan de modo muy parejo a como el juez, primero, toma conciencia clara del contenido de las leyes que ha de aplicar. Así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta a las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre con el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución”. JELLINEK, Georg. *Ibidem*, p. 15 e 16.

<sup>151</sup> “Las mutaciones constitucionales por medio de actos normativos son fundamentalmente las producidas por las leyes y los reglamentos parlamentarios. Al no existir control de la constitucionalidad de las leyes en la época, la ley del Parlamento constituía, en la mayoría de los casos, un factor constante de cambio constitucional. Jellinek sin embargo, no se extiende demasiado en explicar los cambios constitucionales producto de la contradicción entre la Constitución y las leyes. Presta mayor atención a los que son resultado de la acción de los reglamentos parlamentarios”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.112.

decretos se relacionam com as leis. No entanto, em relação aos decretos, havia garantia jurídica para assegurar que estes respeitassem os limites legais, garantia ausente em relação os regulamentos parlamentários. Depois de explicitar alguns casos de disposições parlamentárias que mesmo contrariando preceitos constitucionais se fizeram válidas<sup>152</sup>, Jellinek reconhece que a mutação constitucional através dos regulamentos parlamentários complementam a função normal dos textos constitucionais<sup>153</sup>. Assevera também que a Constituição pode ser modificada por resoluções legislativas das Câmaras e pela interpretação provenientes das autoridades administrativas.

Diante da diversidade de modos informais pelos quais a Constituição sofre modificações Jellinek debruça sua preocupação na busca de um meio de proteção da Lei Maior contra abusos anticonstitucionais e interpretações ilegítimas. A solução por ele encontrada foi: o controle de constitucionalidade estadunidense<sup>154</sup>. Jellinek chega a essa solução quando observa que muitas mutações se perpetravam mediante a ação ou chancela do próprio governo ou do Estado<sup>155</sup>.

Ressalte-se que muito embora o autor veja o controle de constitucionalidade norte-americano como uma possível solução na busca da proteção da Constituição, ele não deposita

---

<sup>152</sup> Jellinek citou o caso “de las sesiones secretas en el *Reichstag*”, onde mesmo sendo consideradas juridicamente nulas as sessões secretas no *Reichstag*, suas deliberações eram aprovadas pelo *Bundesrat* e promulgadas pelo *Kaiser*, invalidando assim os meios de se consolidação daquela nulidade. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. op. cit., p. 18.

<sup>153</sup> “Se bien las Constituciones carecen de protección en algunos puntos frente a su mutación a través de los reglamentos parlamentarios, tales mutaciones completan, a menudo, la función normal de los textos constitucionales. De manera muy asistemática, se han incluido algunas disposiciones sobre los procesos parlamentarios en muchas Constituciones. Además, muchos Estados cuentan con normas especiales sobre el reglamento. Ahora bien, las lacunas de la Constitución y de la ley se han colmado mediante preceptos parlamentarios”. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. op. cit., p. 19.

<sup>154</sup> “Estas manifestaciones nos abren el camino para encontrar un medio que proteja las Constituciones, que a primera vista se elija como la muralla más sólida contra los abusos anticonstitucionales del mismo legislador. La encontramos en la conocida institución de los americanos, según la cual los tribunales pueden juzgar la constitucionalidad material de las leyes”. JELLINEK, Georg. *Ibidem*, p. 22.

<sup>155</sup> Quando o autor relata que a interpretação constitucional feita pelas Câmaras através de suas resoluções administrativas podiam ser contrárias a Constituição e mesmo assim admitidas pelo governo, ele assevera que “Si el Gobierno acepta la opinión de las Câmaras, ya que en la mayoría de los Estados los jueces carecen del Derecho a examinar la constitucionalidad material de las leyes, entonces no hay medio alguno para proteger a la Constitución contra una mutación ilegal debida a una interpretación ilegítima”. JELLINEK, Georg. *Ibidem*, p. 20. Do mesmo modo as sessões secretas do *Reichstag* eram aceitas pelo *Bundesrat* e promulgadas pelo *Kaiser*, como já citado.

neste mecanismo uma confiança cega. Ele observa que a interpretação judicial pode se desenrolar de forma progressista ou retrógrada. Cita o amplamente conhecido *Dread Scott Case*, onde uma lei promulgada em 1820 só foi declarada inconstitucional trinta e sete anos depois, em 1857. Relata que a indeterminação das normas constitucionais faz com que os limites da interpretação fiquem ao arbítrio dos tribunais e arremata que, nos Estados Unidos, juízes e tribunais equiparam-se na prática, respectivamente, ao legislador constitucional e a uma terceira câmara legislativa<sup>156</sup>.

A obra de Jellinek foi sensivelmente influenciada pelo pensamento de Ferdinand Lassalle. Daí Jellinek reconhecer a existência da força normativa do fático que, em Lassalle, corresponderia as relações reais de poder<sup>157</sup>. Nesse sentido, a doutrina de Jellinek foi marcada pelo dualismo positivismo legalista *versus* positivismo sociológico, o que, em última medida, impediu este autor de se ater a uma abordagem exclusivamente normativa a respeito da força modificadora da realidade social no Direito<sup>158</sup>. Tal característica repercute na conclusão obtida por Jellinek, já que, depois de descrever os modos pelos quais a Constituição pode ser modificada sem que seu texto seja alterado, conclui este autor que as proposições jurídicas

---

<sup>156</sup> Jellinek se refere, também, ao alargamento das atribuições do poder central da União nos Estados Unidos pela via dos poderes implícitos. E assim, afirma que “Por lo tanto, en América, el juez ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional. No sin razón se califica a los tribunales, en América, como tercera cámara legislativa”. JELLINEK, Georg: *Reforma y Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 26.

<sup>157</sup> “As relações reais de poder lassallianas explicam-se e conectam-se com a tese jellinekiana da força normativa do fático. Como visto, a força a que se refere Georg Jellinek é em parte ética e histórica. Para Jellinek o Direito é um compromisso entre interesses diferentes e até mesmo opostos. Este compromisso é resultante não apenas da força dos interesses, mas do poder social dos interessados neles. Dessa forma, a modificação das forças reais das relações entre os órgãos superiores do Estado se infiltra nas próprias instituições, até mesmo quando não houver sido modificada uma letra da Constituição”. PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na Democracia Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013, p. 83.

<sup>158</sup> “(...) o dualismo metodológico positivismo legalista - positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. STREK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI. Jacarezinho, n. 7, 2007, p. 60.

não possuem a plena capacidade de dominar a distribuição do poder estatal<sup>159</sup>. Deste modo, Jellinek concebe o fato consumado ou *fait accompli* como um fenômeno histórico dotado de força constituinte<sup>160</sup>.

O que se depreende dos primeiros estudos sobre o fenômeno das mutações constitucionais é que tais análises tinham um carácter marcadamente descritivo, sem o necessário aprofundamento do carácter jurídico do fenômeno<sup>161</sup>. Os estudos que se seguiram, agora sob a vigência da Constituição de Weimar, de 1919 a 1933, conseguiram avançar no exame das mutações na medida que apreenderam o conceito de mutação previamente elaborado por Jellinek e Laband e o converteram em um elemento integrante da teoria da Constituição<sup>162</sup>. Nessa segunda fase destacaram-se os ensinamentos de Hermann Heller, Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin.

Primeiramente, como feito anteriormente, cabe aqui também situar o contexto predominante à época desses estudos posteriores sobre o fenômeno da mutação. A Constituição de Weimar combinou a regulação de direitos individuais clássicos com direitos

---

<sup>159</sup> “El desarrollo de las Constituciones muestra, a pesar de que todavía no se aprecie suficientemente, el enorme significado de esta enseñanza: las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica”. JELLINEK, Georg: *Reforma y Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 84.

<sup>160</sup> “El *fait accompli* — el hecho consumado — es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente”. JELLINEK, Georg: *Reforma y Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 29.

<sup>161</sup> Hsü Dau-Lin explica tal conduta. “La cuestión, en el fondo, era poco interesante, y tal vez incómoda. En efecto, para el positivismo dogmático convencido de su capacidad para dominar por completo, toda la materia constitucional con métodos rigurosos y con conceptos firmemente definidos, un problema surge directamente de la relación, en tensión, entre normas jurídicas y realidad jurídica, que no puede resolverse con los conceptos generales jurídicos-constructivos, significa realmente un planteamiento sobre el valor intrínseco de todo el método de construcción positivista”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 105. Assim, como explica Fernando Segado, Jellinek “(...) era plenamente coerente com o reconhecimento da força normativa do fático, que em termos clássicos equivalia ao aforismo *ex facto jus oritur* (o direito nasce do fato)...” SEGADO, Francisco Fernández. *As mutações jurisprudenciais...* op. cit., p. 88.

<sup>162</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.116.

sociais<sup>163</sup>. Além disso, muito embora este Texto não contemplasse um controle judicial de constitucionalidade centralizado, ele previa distintos sistemas parciais<sup>164</sup>.

Hermann Heller, assim como outros autores, concorda com Lassalle e admite que o que determina a Constituição material são as relações reais de poder. Observa que tais relações apesar de estarem em constante movimento e de mudarem a cada momento, não desagüam no caos, mas se voltam para a unidade e ordenação do Estado<sup>165</sup>.

Dentro dessa linha de pensamento, ele considerou a existência de uma Constituição não normada ou normalidade e uma Constituição normada ou normatividade. Esta última podendo ser de fonte jurídica ou extrajurídica<sup>166</sup>. Afirma Heller que sobre a Constituição não normada ergue-se a Constituição normada, e que ambas fazem parte do conceito de Constituição. Assim, formula este autor um conceito de Constituição correspondente a uma totalidade onde coexistem, dialeticamente, o estático e o dinâmico, a normalidade e a

---

<sup>163</sup> Sobre a história, o contexto e a problemática provocada pela inserção de direitos sociais na Constituição de Weimar, Ernst Forsthoff faz uma interessante reconstrução do panorama da época. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación...* op. cit., p. 238 e ss.

<sup>164</sup> “La Constitución alemana de Weimar no contemplaba la posibilidad de un control jurisdiccional centralizado de la Constitucionalidad, sin embargo, en su marco, coexistieron distintos sistemas parciales: *El control de la primacía del derecho estatal sobre el derecho de los Lander (art. 13)*. Este control era ejercido de forma abstracta por el Tribunal del Reich (*Reichgericht*). El objeto del control eran las leyes de los Lander pero indirectamente se llegó a situaciones de control de las leyes del Reich; *El control de los conflictos constitucionales, sea entre órganos constitucionales o entes regionales (entre el Reich y los Lander o los Lander entre sí)*. Este control era ejercido por el Tribunal de Estado del Reich Alemán (*Staatsgerichtshof des deutschen Reiches*). También existía la previsión de crear tribunales similares en cada uno de los Lander; *Control difuso de los jueces*. Los jueces controlaban el derecho pre-constitucional en virtud de la cláusula derogatoria de la Constitución (art. 178.2). También, aunque de manera difusa, controlaban la primacía del derecho federal sobre el derecho de los Lander. En el transcurso de la vigencia de la Constitución de Weimar se atribuyeron la facultad del control de la constitucionalidad de las leyes. La sentencia que marca y define de manera más relevante esta atribución es la Sentencia del *Reichgericht* de 5 de noviembre de 1925”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.114.

<sup>165</sup> Para Heller, Constituição é a organização humana do Estado, e ambas se referem a uma situação política real que constantemente se renova. “La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella”. E mais adiante afirma: “Toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace”. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Tradución: Luís Tobío. México: Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 277.

<sup>166</sup> Hermann Heller qualifica os princípios como elementos normados não jurídicos. “De acordo com Hermann, a ausência de conteúdo preciso seria a característica que torna possível que os princípios evoluam e desempenhem uma função transformadora dentro da Constituição”. PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na Democracia Constitucional*. op. cit., p. 87.



normatividade. Ou seja, ele elabora um conceito unitário, sem deixar de identificar as partes integrantes.

Muito embora a Constituição total seja composta pela constituição normada e não normada, ressalta Heller que a normalidade tem que ser sempre reforçada pela normatividade<sup>167</sup>. Bem como, paralela a força normativa do fático, há, também, a força normalizadora do normativo<sup>168</sup>.

Para Heller, a Constituição normada está constantemente a procura de se moldar à normalidade. Tal fato é consequência de que toda organização humana permanece na medida em que continuamente renasce. Desta forma, a normalidade pode ser incorporada pela normatividade através das normas principiológicas, que, em virtude de não terem o conteúdo bem delimitado, permitem, a um só tempo, a acomodação de modificações e a permanência da Constituição<sup>169</sup>.

No entanto, pode ocorrer que a normalidade não consiga ser incorporada pela normatividade (jurídica ou não jurídica) e com esta fique em contraste. Revela tal fato a perda de capacidade normalizadora pela normatividade. Assim, Heller concebe a mutação constitucional como aquela que transpõe o conteúdo da Constituição normada e rompe com o equilíbrio entre realidade constitucional e Constituição normada, ou seja, para este autor, mutação é a superação dos elementos normados pela normalidade<sup>170</sup>.

Em suma, na doutrina de Heller a norma constitucional pode ser modificada tanto pela ação dos princípios, que incorporam a normalidade e mudam seu conteúdo (dos princípios),

---

<sup>167</sup> HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. op. cit., p. 279.

<sup>168</sup> “La Constitución estatal, así nacida, forma un todo en lo que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad, así como la normatividad jurídica y la extrajurídica. En la fuerza normalizadora de las normas sociales se apoya principalmente la permanencia y generalización temporal y personal de la normalidad y, con ello, la permanencia de la Constitución”. HELLER, Hermann. *Ibidem*, p. 282.

<sup>169</sup> “Es precisamente esa ausencia de determinación del contenido lo que capacita a esos principios jurídicos para desempeñar una función perpetuadora de la Constitución”. E completa: “Tal cambio de significación del precepto jurídico se realiza gracias a los principios jurídicos cambiantes, que vienen a ser la puerta por donde la realidad social valorada positivamente penetra a diario en la normatividad estatal”. HELLER, Hermann. *Ibidem*, p. 286.

<sup>170</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na Democracia Constitucional*. op. cit., p. 89.

bem como pelas mutações, que seriam a superação da norma pela normalidade. Para ele a alta frequência com que esta última hipótese ocorreu foi o motivo principal dos estudos iniciais<sup>171</sup>.

Outro autor que deixou influente contributo não só na seara da mutação, mas em toda Teoria da Constituição e do Estado foi Rudolf Smend. Para Smend, o Estado é algo espiritual (não material) e dinâmico (não estático). O núcleo essencial da dinâmica estatal é a integração<sup>172</sup>. O processo de integração plasmado na forma normativa ou legal consiste na Constituição<sup>173</sup>. Desde modo, ao pretender regular o processo de integração, a Constituição gera os elementos de sua própria mutação<sup>174</sup>.

Nesse sentido, partindo das ideias de Estado como fluxo circular que apenas pode ser descrito e não entendido ideologicamente, bem como de Constituição como movimento, já que esta corresponde a normatividade do processo de integração, Smend apresenta a mutação constitucional como uma componente fundamental dessa concepção dinâmica de

---

<sup>171</sup> “Es decir, la normatividad puede perder su capacidad normalizadora y el uso social—la realidad no normada—, puede revelarse más fuerte que la norma estatal. La relativa frecuencia de este fenómeno es lo que explicaría la atención que la doctrina y en especial la Escuela Alemana de Derecho Público (Jellinek) ha prestado a las mutaciones constitucionales que ocurren al margen de la norma constitucional. Sin embargo, para Heller la mayoría de estos estudios se pierden en los detalles y omiten las grandes transformaciones globales”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.118.

<sup>172</sup> “Este processo que forma la sustancia de la vida estatal, es decir, estas actuaciones de una realidad espiritual, es designado por Smend por integración, y es mediante el cual como se produce la unidad dialéctica de individuo y colectividad, así como la de la esfera supraempírica, valorativa, de sentido ideal, con la esfera empírica de realización de aquel territorio del sentido y de valores, unidad que forma la esencia del Estado”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 82.

<sup>173</sup> Explica Smend, citado por Manuel García-Pelayo: “(...) el sentido de este processo es la constante renovación de la totalidad vital del Estado, y la constitución del Estado es la normatización legal de algunos lados de ese proceso”. SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München u. Leipzig, 1928, p. 78, Apud GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. op.cit., p. 84.

<sup>174</sup> “En la Teoría Constitucional smendiana el Estado es integración. La Constitución es el ordenamiento jurídico de la integración. La norma constitucional no lo pretende abarcar todo, pero es un elemento controlador de las fuerzas sociales que están en constante cambio. Por tanto, a diferencia de la interpretación jurídica ordinaria, la interpretación constitucional debe ser flexible —permisiva— debido a la naturaleza expansiva y elástica de las normas constitucionales. Smend considera que la Constitución misma contiene los elementos para su propia transformación por vía de la mutación constitucional.” URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.123.

Constituição. Na verdade, se a própria Constituição é a normatização dessa dinâmica, nada mais lógico do que haver modificações formais e informais nesse documento não estático<sup>175</sup>.

Outro autor que também deixou importante contributo no estudo das mutações constitucionais foi Hsü Dau-Lin. Dau-Lin desenvolveu sua análise ainda sob o contexto da Constituição de Weimar, bem como sintetizou, sistematizou e complementou os demais estudos previamente elaborados<sup>176</sup>.

Do descompasso entre Constituição escrita e situação constitucional, ideia central no estudo da mutação constitucional, Dau-Lin sistematizou quatro situações que tipificam a mutação constitucional. A primeira se refere a mutação constitucional ocasionada por práticas estatais que não violam formalmente a Constituição. Nesse caso, o autor se refere as situações jurídicas não previstas ou não reguladas pelas normas constitucionais<sup>177</sup>. Ele mesmo reconhece a dificuldade em identificar tais casos de mutação, afirmando ser bem mais fácil delimitar os casos que contradizem normas constitucionais específicas. Ao contrário do que se poderia supor, Hsü Dau-Lin não correlaciona a existência de lacunas constitucionais com o florescimento de mutações deste tipo<sup>178</sup>. Para ele, nesses casos, a mutação advém pela

---

<sup>175</sup> “Dessa forma, para Rudolf Smend, as mutações constitucionais não são um “problema”, mas um elemento ou pelo menos uma consequência, da Constituição”. PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na Democracia Constitucional*. op. cit., p. 93.

<sup>176</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.125. Também nesse sentido, Pablo Lucas Verdú, que preliminarou a obra de Dau-Lin. “Lugar a parte merece el chino Hsü DAU-LIN, discípulo del maestro de la integración política. Escribió, a mi juicio, el estudio mejor, sobre las mutaciones constitucionales, que conozco”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 7.

<sup>177</sup> “La situación que puede observar aquí se da entre la situación real y la situación legal diseñada por la Constitución, no entre lo existente y lo prescrito. El *sollen* (debe ser) está aquí en contradicción con el *Sein* (ser), no resulta de cierto artículo constitucional, sino del conjunto de varias prescripciones constitucionales o de la integración global de todo el tramado constitucional”. E mais adiante acrescenta: “Hemos afirmado que aquí no se trata, en absoluto, de que algunos artículos de la Constitución se cuestionen de alguna manera, sino que se trata de relaciones jurídicas que todavía no han logrado regulación constitucional en absoluto”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 33 e 49.

<sup>178</sup> Hsü Dau-Lin “(...) considera que la teoría de las lagunas constitucionales adolece de insuficiencias y critica la relación que Jellinek establece entre las lagunas constitucionales y la mutación de la Constitución”. Para ele, aqueles que acreditam em lacunas desconhecem o conteúdo espiritual da Constituição e ignoram sua sistematicidade. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.127.

existência de uma nova situação, não contemplada pela Constituição e que não corresponde ao sentido sistemático da Constituição<sup>179</sup>.

A segunda situação que Hsü Dau-Lin se refere é a mutação constitucional ocasionada pela impossibilidade do exercício de determinadas atribuições disciplinadas na Constituição. Observou Dau-Lin que muitas vezes algumas atribuições constitucionais não podem ser exercidas pela ocorrência de fatores supervenientes, e critica a associação, feita por Jellinek, desse tipo de mutação com a figura do desuso. Para ele, a Constituição não se transforma pelo desuso, mas sim pela impossibilidade de cumprimento de algo constitucionalmente prescrito, de forma que o desuso seria apenas uma causa derivada de tal impossibilidade<sup>180</sup>.

A terceira hipótese sistematizada por Dau-Lin é a mutação constitucional ocasionada práticas estatais contrárias a Constituição. Nesse caso, a mutação é fruto de práticas estatais em clara contradição com a Constituição, seja pelo que ele nomeia de revisão material constitucional ou pela edição de leis ou regulamentos ordinários<sup>181</sup>. Reconhece o autor que mutações deste tipo se perpetraram pela falta de instâncias especiais que examinassem a constitucionalidade da legislação ordinária<sup>182</sup>.

Por fim, a quarta e última hipótese elencada por Hsü Dau Lin, e a que mais interessa no âmbito da presente pesquisa, a mutação constitucional causada por meio da interpretação

---

<sup>179</sup> “Los casos que hemos examinado como ejemplos de mutación constitucional, mediante prácticas que formalmente no infringen la Constitución (Cfr. págs. 64 y ss.), no son lagunas constitucionales. La mutación no se ha producido por el incumplimiento necesario de una modificación de la Constitución (añadido a la Constitución), aunque la relación jurídica en cuestión requería una regulación constitucional, *sino que la mutación existe porque la situación jurídica de hecho surgida recientemente, no se puede deducirse del sentido sistemático de la Constitución, ya que no le corresponde*”. (grifo nosso) DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 65.

<sup>180</sup> DAU-LIN, Hsü. *Ibidem*, p. 36.

<sup>181</sup> Nas palavras de Hsü Dau Lin “Una mutación de la Constitución puede darse mediante una práctica constitucional que contradice, claramente, la preceptiva de la Constitución, sea por la llamada reforma material de la Constitución, sea por la legislación ordinaria, sea por los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva. La situación de tensión es clara aquí, porque la contradicción entre el *Sein* (ser) e el deber ser (*Sollen*) es inequívoca”. Hsü DAU-LIN. *Ibidem*, p. 39.

<sup>182</sup> DAU-LIN, Hsü. *Ibidem*, p. 41.

da Constituição<sup>183</sup>. Da conceituação desde tipo de mutação feita por Hsü pode-se deduzir duas condições: a primeira, é a influência das novas concepções na interpretação. Ou seja as normas constitucionais poderiam sofrer modificações em seu sentido e significado quando seu processo interpretativo fosse conduzido pelas novas concepções e atuais necessidades, contemporâneas à interpretação. Mas não é só. Essa absorção do significado cambiante atual, para configurar uma mutação constitucional, tem que ser alheia a literalidade da Constituição ou alheia ao sentido dado a norma pelo legislador constituinte. Infere-se, por lógica, que o teor literal e o significado atribuído pelo constituinte são limites interpretativos transpostos pelo fenômeno da mutação, e que só no caso da não observância deles é que se escoaria para a seara da mutação<sup>184</sup>.

Após sistematizar essas quatro situações que configuram mutação constitucional Hsü Dau-Lin conclui que o fenômeno da mutação é direito. Mesmo se distanciando do teor literal da Lei Maior e sendo um fenômeno de difícil captação e conceituação formal, existem fundamentos jurídicos que permitem considerar a mutação como direito<sup>185</sup>. Assim, segundo este autor, só se consegue captar os fundamentos jurídicos da mutação constitucional quando se entende a natureza da Constituição em si mesma. Para tanto, se vale o autor da teoria

---

<sup>183</sup> Para Hsü Dau-Lin cabe “(...) una mutación constitucional mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. La norma constitucional queda intacta, pero la práctica constitucional que pretende seguirlas, es distinta. Lo que se infiere de la Constitución un día como derecho ya no lo es posteriormente. La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias de las distintas de las antes imaginadas”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 45.

<sup>184</sup> Segundo Hsü Dau-Lin o traço decisivo é a contraposição entre situação fática com o sentido da Constituição. Ele diferencia, como se verá mais adiante, mutações exigidas e não exigidas, e o crucial não é a modificação de sentido com a permanência do texto, mas se tal modificação se contraporá ou não ao sistema de sentido da Constituição. A depender desse critério a mutação será aceita ou não aceita.

<sup>185</sup> Afirma Hsü Dau-Lin que mutação constitucional “(...) no es quebrantamiento de la Constitución, ni simple regla convencional, sino derecho. Es derecho, aunque no concuerde con el texto de la Ley; es derecho, aunque no pueda comprenderse y entenderse mediante los conceptos y construcciones jurídicas formales. Su funcionamiento jurídico se encuentra en la singularidad valorativa del derecho constitucional; en la llamada necesidad política; en las exigencias y expresiones de la vitalidad que se realizan al desarrollarse el Estado”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 166.

desenvolvida por Smend e considera que o Estado, como unidade de sentido de caráter evolutivo que é, tem como produto a própria mutação<sup>186</sup>.

Nesse sentido, ao analisar a natureza da Constituição, identifica o autor três especificidades capazes de produzir mutações, a saber, o fato da Constituição ter o Estado como objeto de sua regulação jurídica, a existência de normas constitucionais de estrutura elástica e incompleta, e a falta de uma instância superior que garanta a existência da Constituição<sup>187</sup>.

Acresce ainda Hsü Dau Lin que existem mutações que não só são permitidas bem como são exigidas pela própria Constituição, e outras que não o são. No primeiro caso se enquadram as mutação que vem para complementar o desenvolvimento do sistema de sentido contido na Constituição. Ou seja, não há problema em modificar o texto constitucional, desde que tal modificação signifique ampliação ou complementação do sistema significativo proposto pela própria Constituição. Já as mutações não desejadas são aquelas que não provocam uma complementação, mas sim uma transformação no próprio sistema de sentido<sup>188</sup>. Nesses casos, a mutação é do próprio sistema, ou de algumas intenções nele

---

<sup>186</sup> “La idea central de Hsü es que para entender la naturaleza de la mutación constitucional hay que entender primero el sentido y la naturaleza de la Constitución en sí misma, para lo que se sirve especialmente de la teoría de la Constitución smendiana: la mutación constitucional debe entenderse como producto de la unidad de sentido que es el Estado y el carácter evolutivo de su realidad vital”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución...* op. cit., p.132.

<sup>187</sup> URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Ibidem*, p.133.

<sup>188</sup> “Hsü vino a diferenciar entre las mutaciones permitidas y exigidas por la Constitución y aquellas otras que no por inevitables dejan de ser indeseables e inconstitucionales, fundamentando esta distinción en el criterio de la coherencia o contraposición respectiva de la situación constitucional real con el «contexto de sentido» de la Constitución, su «sentido ideológico» o su «intención manifiesta». LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 101, Maio/Agosto. 2014, p. 129.

expressas ou de alguma instituição regulada por ele<sup>189</sup>. Muito embora não sejam queridas pela própria Constituição tais mutações também não podem ser impedidas ou controladas<sup>190</sup>.

Como visto, os primeiros estudos dedicados ao fenômeno da mutação constitucional, com Laband e Jellinek, se limitaram a enxergar a mutação como um problema situado no mundo real ou político. Para Laband mutação era a contradição entre lei e situação constitucional. Para Jellinek mutação seria a mudança que não se vê no texto e não é acompanhada de sua consciência (ou intenção) modificadora. Os estudos que daí seguiram, com Smend, Heller e Hsü Dau-Lin já enveredaram por outra via e concluíram pela mutação como parte integrante de um conceito dinâmico de Constituição.

No entanto, com o papel cada vez mais expressivo da interpretação constitucional, impulsionada pelo protagonismo cada vez mais forte da Justiça Constitucional, uma outra concepção desse fenômeno se apresenta, a de processo informal de alteração da Constituição que se diz atualizadora e concretizadora de suas normas<sup>191</sup>.

## 2.2 A difícil busca por um conceito de mutação constitucional

---

<sup>189</sup> “Por el contrario, el verdadero problema es «la mutación en sentido material, transformación del sistema o su significado» que se produce cuando, con independencia de que haya o no desviación respecto de la literalidad de normas constitucionales concretas, surge una incongruencia con el «sistema de la Constitución», una falta de concordancia con su «intención valorativa, no importa si está inscrita o no en proposiciones jurídicas o no»”. LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. op. cit., p. 129.

<sup>190</sup> “La explicación de las dos clases de mutación es la idéntica: se apoyan en la peculiaridad axiológica del derecho constitucional; en la insuficiencia de las normas constitucionales frente a las necesidades vitales del Estado, en su normativización elástica, en la naturaleza teleológica del Estado, en la autogarantía de la Constitución y en la imposibilidad de fiscalizar los órganos supremos del Estado”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 176.

<sup>191</sup> Nesse sentido, Adriano Sant’Ana Pedra. O autor considera que a mutação constitucional “(...) constitui um processo informal de alteração da Constituição, que cuida de sua atualização e concretização”. E mais adiante arremata: “Ao contrário das soluções propostas no final do século XIX, quando a mutação constitucional era tida como resultado da incidência conformadora do fático sobre o jurídico, atualmente ela torna-se legítima na medida em que se mantém nos marcos normativos estabelecidos pela Constituição”. PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na Democracia Constitucional*. op. cit., p. 102 e 103.

A existência de uma jurisdição constitucional mudou o rumo das abordagens mais recentes sobre o fenômeno da mutação<sup>192</sup>. A ausência de controle judicial de constitucionalidade da leis supõe a inexistência de um meio capaz de proteger a Constituição frente a mutações ilegais advindas de interpretações ilegítimas. Quando se recorre ao Tribunal Constitucional para se averiguar a constitucionalidade de leis ou atos dos demais dos poderes públicos, o próprio Tribunal que também se encontra submetido a Constituição, necessita de parâmetros claros para poder decidir, vinculativamente, se houve ou não mudança na Constituição. Tal situação foi o motor que motivou Konrad Hesse a se dedicar ao tema das mutações, principalmente no que diz respeito aos limites desse fenômeno<sup>193</sup>.

Hesse inicia sua abordagem analisando os conceitos e os elementos característicos da mutação apontados pelos primeiros estudos. Critica a lentidão e a imperceptibilidade como características da mutação. Para Hesse, uma mutação pode ocorrer de forma lenta ou em um curto espaço de tempo, não tendo qualquer relação com o tempo em vigor de uma Constituição, ou seja, podendo ser concebida em um curto espaço ou ao longo dos anos<sup>194</sup>. Também rejeita este autor a ideia de mutação como algo não perceptível, implícito ou tácito, desacompanhado da consciência de mudança, pois dificilmente uma mudança de sentido ou

---

<sup>192</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde chama a atenção para esta temática e destaca que os conceitos que a mutação constitucional pode adquirir dependem diretamente das peculiaridades que revestem cada ordenamento jurídico constitucional. “En un ordenamento que no disponga de jurisdicción constitucional, tal como ocurrió en el *Reich* alemã de 1871 y más adelante también bajo la Constitución de Weimar, el concepto de cambio constitucional solo puede tener una mera función de constatación. Al Derecho constitucional le falta aquí el vínculo entre derecho y juez, que es esencial para un ordenamento jurídico con validez jurídico-positiva garantizada. Su contenido normativo se realiza, por lo tanto, solo en y a través del proceso político, y consecuentemente en él no es posible una interpretación auténtica de la Constitución jurídica, pues esta solo puede darse a través de decisiones que tengan fuerza jurídica”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 183.

<sup>193</sup> Segundo Konrad Hesse só com a noção clara dos limites das mudanças é que se pode decidir se tais limites foram ou não ultrapassados. “Quando faltam tais parâmetros, então já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar. Isto obriga levantar-se a questão sobre os limites da mutação constitucional, que não pode normalmente separar-se da questão relativa ao próprio fenômeno da mutação constitucional”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. — São Paulo : Saraiva, 2009, p. 300, E-Books.

<sup>194</sup> HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 303.



de significado não seria percebida pelo intérprete<sup>195</sup>. Para Hesse, a hipótese de mutação mais significativa, a por via interpretativa, não passaria despercebida ao intérprete atento.

Hesse também não aceita a conceituação do fenômeno como uma mera contradição entre realidade constitucional e Constituição, pois nessa linha de pensamento a modificação é concebida fora da norma, na realidade que se mostra diferente e que com a Constituição contrasta. Nessa lógica, Hesse se inclina a um conceito de mutação onde a mudança se dá no conteúdo da norma, muito embora não seja verificável em seu texto.

Distancia-se Hesse de conceitos de mutação como o elaborado por Karl Loewenstein. Para este último, mutação constitucional significa uma transformação na configuração do poder político, na realidade, na estrutura social ou no equilíbrio de interesses sem que tais mudanças se vejam atualizadas no texto da Constituição<sup>196</sup>.

Segundo Hesse, as primeiras abordagens sobre a mutação não conseguiram alcançar uma conclusão jurídica satisfatória sobre o fenômeno porque os pressupostos positivistas de separação estrita entre Direito e realidade não permitiram. Como realizar uma abordagem jurídica da mutação partindo de uma concepção de que o fenômeno é tão somente uma contradição entre realidade e Norma? Se o ponto de partida for este, a abordagem será necessariamente social, de descrição empírica, pendente a uma conclusão pela força ilimitada e incondicional do fático<sup>197</sup>.

Descartada uma abordagem positivista que separa realidade e Direito, Hesse destaca as obras de Hermann Heller e Hsü Dau-Lin como autores optaram por uma abordagem

---

<sup>195</sup> “As notas relativas à duração e ao caráter inconsciente do processo devem, portanto, ser desprezadas”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 304 e 305.

<sup>196</sup> Segundo Loewenstein “Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una Constitución escrita y son muchos más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia y intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel Ediciones, 1965, p. 165.

<sup>197</sup> “O intento de uma vinculação jurídica da realidade e, com isso, a obtenção de parâmetros jurídicos para determinar os limites da mutação constitucional não pode ser empreendido sobre uma base dessas. Antes, acarreta a imposição ilimitada e incondicionada do fático, sendo o *fait accompli* a única coisa decisiva, inclusive juridicamente. Como é possível que o fato consumado se converta em Direito Constitucional do Estado é uma questão que a contemporânea teoria positivista das fontes do Direito deixou sem resposta”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 312.

normativa do elemento fático no fenômeno da mutação. Muito embora as obras de Hsü Dau-Lin e Heller guardem diferenças, suas ideias se encontram na negação da mutação como uma mera diferença entre realidade e Constituição, ou seja, com a negação da supremacia das forças reais em relação à norma. Tal caminho é o que Hesse considera ser o mais indicado, pois quem pretende defender a separação estrita entre *ser* e *dever ser* acaba, de forma consciente ou não, fortalecendo não a norma, mas o elemento fático<sup>198</sup>.

É natural que Hesse opte por uma abordagem normativa do fenômeno da mutação pois somente com esse tipo de tratamento é que se consegue enxergar qualquer tipo de limite a esse fenômeno. Afirma Hesse que só é possível entender o fenômeno e identificar seus contornos desde que se considere a que a mudança se dá dentro da norma, no seu interior e não como resultado do império de atos ou fatos externos à normatividade<sup>199</sup>, e nesse intento, de incorporação da realidade à norma, se vale Hesse da teoria estruturante elaborada Friedrich Müller<sup>200</sup>.

Em linhas gerais, Müller desenvolveu uma teoria estruturante da norma jurídica onde norma e realidade não podem ser isoladas. A estrutura jurídica da norma seria composta por dados da realidade ou da realidade em circunstâncias (âmbito normativo) e pelo seu mandato ou programa normativo. Esses dois elementos componentes da norma se relacionam de forma elíptica, o que revela que na visão estruturante da norma jurídica há uma relação necessária entre normatividade materialmente determinada e realidade fundamentada pela norma.

---

<sup>198</sup> “A estrita separação entre ambas, nas teorias de Laband e G. Jellinek, conduz, paradoxalmente, não a um fortalecimento do normativo, e sim a uma capitulação diante da força dos fatos. Na tentativa de solução de Hsü Dau-Lin, a realidade política se torna parte integrante da Constituição sob a forma das “necessidades vitais do Estado” através do “sentido” da Constituição e com base numa simplificadora interconexão, uma compreensão tão genérica e indiferenciada não chega a nenhum outro resultado. Onde, finalmente, o dualismo entre ser social e dever ser social é suavizado mediante a sua correlativa coordenação, como na posição de Heller, evita-se a capitulação, mas não se consegue uma nítida fundamentação e determinação de limites”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 325.

<sup>199</sup> HESSE, Konrad. *Ibidem*, p. 326.

<sup>200</sup> Para Müller “A mediação entre os pólos não obstante preestabelecidos do fático e do jurídico não alcança nem a abrangedora compreensão do Estado nem a do direito, pois desloca a questão crucial para a consciência empírico-convencional, colocando-a com isso fora de suas premissas”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução: Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. 2ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais Editora, 2009, p. 96.

O âmbito normativo, apesar de corresponder a parcela de realidade que compõe a norma jurídica, não se resume a mera soma de fatos da realidade abstraídos, mas sim num conjunto de elementos estruturais alcançados a partir desta realidade<sup>201</sup>. Tal parcela de realidade só vem a tona quando assinaladas pelo programa normativo no processo de interpretação prática e na aplicação das normas jurídicas<sup>202</sup>.

Assim, alterações nesse recorte da realidade autorizadas pelo programa, ou seja no âmbito da norma, são modificações de conteúdo, que ocorrem dentro, na norma mesma, em uma de suas estruturas elementares. No entanto, nem todos os fatos da realidade ou fatos novos são considerados como pertencentes ao âmbito normativo, como Müller expõe, quem confirmará o conteúdo do âmbito normativo é o programa da norma<sup>203</sup>, que se contém substancialmente em seu texto, devendo este último ser interpretado através dos meios tradicionais de interpretação.

Segundo Hesse, por esse caminho é possível diminuir a discricionariedade na afirmação da existência de uma mutação, já que por ele se exige uma fundamentação mais atenta, bem como critérios passíveis de comprovação. Assim, as mudanças só são relevantes para o conteúdo da norma quando consideradas integrantes do âmbito normativo e, para tanto, necessário se faz a chancela do programa normativo que, por sua vez, contém-se substancialmente no texto da norma. De tal sequência, Hesse conclui que o conteúdo da

---

<sup>201</sup> “Os âmbitos normativos não são, assim, esferas da liberdade “natural”, nem devem ser utilizados como natureza das coisas desvinculadas de normas, corregedora da norma ou simplesmente superpositiva”. MULLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. op. cit., p. 249

<sup>202</sup> “Por causa da formação jurídica existente, o âmbito normativo não se limita ao puro empirismo de um recorte da realidade. Ele não engloba a totalidade absoluta dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte, porque, como parte integrante da norma estruturante vista, ele só aparece quando o programa normativo assinala, no processo da interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas relevantes desse âmbito normativo, considerando o caso particular”. MULLER, Friedrich. *Ibidem*, p. 249.

<sup>203</sup> “O sentido metódico da análise do âmbito normativo nada modifica o fato de que o programa normativo pode não apenas confirmar e garantir a estrutura básica do âmbito normativo ou pressupô-la de modo indiferente, mas também alterá-la”. MULLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. op. cit., p. 245.

norma só poderá transformar-se nos limites propostos e conhecidos através da interpretação de seu texto<sup>204</sup>.

Assim, após analisar os estudos prévios sobre mutação, Hesse postula um conceito estrito deste fenômeno, como sendo uma mudança no conteúdo da norma onde seu texto permanece invariável<sup>205</sup>. Já que a mudança é interna, ela se dá em um dos elementos constitutivos da norma. Se ela não é vista no texto, só resta concluir que a mudança se deu nos dados da realidade que compõe a norma, ou seja, no seu âmbito<sup>206</sup>. E se as mudanças no âmbito são apenas e tão somente, como visto, àquelas permitidas pelo programa, Hesse consegue, assim, defender um conceito normativo de mutação onde o texto desempenha um papel de limite<sup>207</sup>.

No entanto, será que o fenômeno da mutação se dá por satisfeito com este conceito estrito de mutação constitucional, como sendo uma modificação endógena, não obstante a conservação de seu texto?

Muito acertadamente observou Jose Juan Gonzalez Encinar que o primeiro conceito de mutação, correspondente a uma contradição entre realidade e norma, não indicava a melhor

---

<sup>204</sup> “A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de interpretação da norma e, com isso, também as possibilidades de uma mutação constitucional”. E mais adiante complementa: “Portanto, o texto da Constituição se erige em limite absoluto de uma mutação constitucional não só do ponto de vista da relação entre “Direito” e “realidade constitucional”, a qual encontra expressão na estrutura da norma constitucional, como também do ponto de vista das funções da Constituição”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 330 e 331.

<sup>205</sup> Nesse quesito Hesse corrobora com a doutrina contemporânea e com o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão. “Tanto o Tribunal Constitucional Federal como a doutrina atual entendem que uma mutação constitucional modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 301.

<sup>206</sup> “Hesse propone, por tanto, excluir del concepto los cambios de la realidad constitucional que no cambian el “contenido” de la norma, e incluir en el concepto, tan sólo las “modificaciones del contenido de normas constitucionales que no ven modificado su texto”. GONZALEZ ENCINAR, Jose Juan. *La Constitución y su reforma*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 17, Mayo/Agosto, 1986, p. 372.

<sup>207</sup> Ressalta-se, também, que o próprio Hesse admite que há limites ao considerar o texto como limite. “Se, ao contrário, considera-se o texto como limite da mutação constitucional, se terá conseguido uma garantia, ainda que esta, é claro, não seja absoluta”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 333.

maneira tratar o fenômeno. O autor chegou a essa conclusão não pelos motivos elencados por Hesse, ou seja, não porque a mudança se dava fora da norma. Segundo Gonzalez Encinar, quando a realidade muda e se impõe a norma, a norma se modifica porque perdeu eficácia. Nessa perspectiva, uma situação onde a realidade modificada contradiz com a Constituição e a ela se impõe corresponde não uma mutação constitucional, mas sim a uma inconstitucionalidade, ou uma mutação inconstitucional, já que, para ele não existe realidade constitucional contra Constituição<sup>208</sup>.

No entanto, ainda segundo Gonzalez Encinar, o conceito estrito defendido por Hesse também não satisfaz por completo o abordagem do fenômeno. Para ele, o conceito postulado por Hesse é incompleto, pois a mutação constitucional ocorre não somente quando a norma, conservando seu texto recebe um novo significado, mas, também, quando conservando o mesmo texto e significado perde ou muda sua eficácia ou força normativa<sup>209</sup>.

Para Gonzalez Encinar a força normativa da Constituição é uma característica essencial da norma constitucional e é derivada, sobretudo, de sua eficácia. Explica este autor que uma norma pode ser justa, válida, efetivamente cumprida sem ser, contudo, eficaz. Assim, quando uma norma constitucional perde eficácia porque não é observada ou, mesmo sendo cumprida não atinge seu objetivo (não logra efeitos), mesmo sem alteração do texto ou do significado, só o fato da norma ter perdido eficácia, para este autor, estar-se-ia diante de uma autêntica mutação constitucional<sup>210</sup>. Ele até admite que as modificações na realidade socio-

---

<sup>208</sup> “Para el jurista, la constitucionalidad o inconstitucionalidad sólo puede definirse con relación a la norma, nunca a la realidad. Por eso, el llamado concepto amplio de «mutación constitucional» empleado por la doctrina clásica es erróneo, no porque no haya mutación, sino porque ésta, en algunos de los supuestos incluidos en dicho concepto, no es constitucional”. GONZALEZ ENCINAR, Jose Juan. *La Constitución y su reforma*. op. cit., p. 374.

<sup>209</sup> “Pero el concepto restringido de HESSE es erróneo también, por parcial, porque la «mutación constitucional» no se produce sólo cuando la norma, «conservando el mismo texto, recibe una significación diferente», sino además cuando, conservando el mismo texto y la misma significación, pierde, o cambia, su eficacia o su fuerza normativa.” GONZALEZ ENCINAR, Jose Juan. *La Constitución y su reforma*. op. cit., p. 374.

<sup>210</sup> “Ciertamente no tiene sentido incluir en el concepto de «mutación constitucional» lo que es pura y simple inconstitucionalidad, pero la inconstitucionalidad, o la abierta inconstitucionalidad, no es la única vía por la que la Constitución puede perder su fuerza normativa, su eficacia. Y si una norma constitucional deja de ser eficaz porque no se cumple, no se observa o porque aun cumpliéndose no logra su objetivo, aunque esa norma no haya cambiado ni en su texto ni en su significado, no cabe duda de que nos hallamos ante una auténtica «mutación constitucional»”. GONZALEZ ENCINAR, Jose Juan. *La Constitución y su reforma*. op. cit., p. 374 e 375.

política possam estar na raiz do fenômeno da mutação, mas não são essas mudanças em si, mas sim a sua consequência na realização da norma que ele chama de mutação<sup>211</sup>.

Já Böckenförde, preocupado com a necessidade de delimitação conceitual do fenômeno para que seja possível uma abordagem dogmática<sup>212</sup> da mutação, descarta uma serie de situações que, para ele, não configuram mutação no sentido jurídico-dogmático<sup>213</sup>.

Assim, as modificações na parcela da realidade para qual a norma se volta não correspondem a uma mutação constitucional, pois, para Böckenförde, nesse casos, não há modificação no conteúdo da norma, mas apenas no âmbito da realidade que abarca a regulação da norma. Para este autor uma configuração diferente da realidade pode ensejar uma mudança nos efeitos que a norma constitucional produz, mas isso não implica em uma modificação de conteúdo da norma. Dessa maneira, os impactos que o rápido desenvolvimento tecnológico provocam na regulamentação normativa de alguns aspectos da vida, por exemplo, ocasionam modificações não na norma mesma, mas apenas nos efeitos ou no significado que essa mesma norma desempenha frente a uma nova realidade<sup>214</sup>.

Böckenförde também exclui do conceito de mutação os casos em que a norma constitucional confere ao legislador uma ampla liberdade de conformação, possibilitando uma

---

<sup>211</sup> “La mutación trae efectivamente su causa de cambios en la realidad sociopolítica, pero no es a estos cambios, sino a su consecuencia en la realización de la norma a lo que llamamos mutación. Los cambios en la realidad son la causa; la mutación, el efecto. Esta a su vez producirá un efecto sobre la realidad sociopolítica, pero tampoco se confunde con éste.” GONZALEZ ENCINAR, Jose Juan. *La Constitución y su reforma*. op. cit., p. 375.

<sup>212</sup> “La interpretación constitucional es un importante sector teórico-práctico de la dogmática jurídica. En líneas generales, la dogmática jurídica aparece como un conjunto de definiciones, conceptos, categorías, postulados interconexiónados que sirven para ordenar, sistematizar y aplicar las normas jurídicas a la realidad social”. VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Madrid: Reus, 1985, p. 107.

<sup>213</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 185.

<sup>214</sup> Cita Böckenförde os impactos que o frenético desenvolvimento tecnológico provocou no conceito de radiodifusão e nos efeitos que a norma que disciplina a liberdade de comunicação radiofônica produziu frente essa nova realidade, “(...) qué consecuencias jurídicas han de extraerse del contenido normativo de la libertad en cuestión frente a este cambio bajo las nuevas condiciones de la difusión. Esto afecta a una modificación de los efectos que provoca la norma, y con ello, una configuración distinta de la realidad ordenada por la norma, pero no está implicado aquí un cambio del contenido mismo de la norma”. Explica Böckenförde que tal situação refere-se a mesma norma que tem seus efeitos atualizados frente a uma nova realidade. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. op. cit., p. 186 e 187.

configuração distinta da parcela da realidade para qual a norma se volta. Cita o autor como exemplo o direito de propriedade, que é um instituto garantido constitucionalmente mas que têm seu conteúdo e limites configurados mediante lei<sup>215</sup>.

Também não configura mutação, dentro da doutrina de Böckenförde, as modificações advindas da aplicação de conceitos constitucionais indeterminados. Explica este autor que a indeterminação que caracteriza algumas normas constitucionais clamam uma concretização mais detalhada e que tal concretização pode levar a diferentes resultados. Tais resultados, apesar de distintos, podem ser considerados como pertencentes à norma, já que a própria indeterminação inerente a norma possibilita tais caminhos<sup>216</sup>.

Nesse mesmo sentido, Gonzalez Encinar afirma que se uma norma constitucional é formulada de forma elástica, mover-se nos limites dessa elasticidade não significa modificar a norma. Modificações na realidade não implicam em modificações no âmbito normativo, que é parte integrante da norma, quando tal âmbito está delimitado de forma tão ampla e indeterminada que pode subsumir tanto a nova quanto a velha realidade<sup>217</sup>.

Interessante é que Böckenförde considera que mesmo que a norma constitucional tenha seu conteúdo material concreto modificado, se tais modificações advierem da própria formulação da norma, tal mudança não corresponde a uma mutação constitucional. Para este autor, se a própria norma remeteu seu conceito a circunstâncias extrajurídicas, como concepções sociais, éticas ou ideológicas, ela mesma permitiu que seu conteúdo fosse modificável. Böckenförde esclarece que a própria norma constitucional se utiliza de conceitos

---

<sup>215</sup> Böckenförde é ciente que a configuração legal feita pelo legislador infraconstitucional pode acarretar mudança no bem protegido constitucionalmente. “De esta forma, y de acuerdo con la correspondiente orientación política del legislador, puede operarse un cambio en la ordenación de la propiedad, e con ello también en la «constitución de la propiedad» de la Ley Fundamental. Pero todo eso no implica un cambio en la garantía de la propiedad asegurada por la Ley Fundamental, que está precisamente abierta a esas posibles modificaciones”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 188.

<sup>216</sup> “Como concepto indeterminado sólo puede, y sólo pretende, vincular de forma indeterminada. La posibilidad de que se realicen diferentes concretizaciones es la consecuencia de su indeterminación, y por lo tanto estas no modifican el contenido (indeterminado) de aquel”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Ibidem*, p. 188.

<sup>217</sup> “Si la elasticidad es una característica de la norma constitucional, moverse en los límites de esa elasticidad no es cambiar la norma. No cambia el «ámbito normativo» porque la realidad se mueva «dentro» de ese ámbito, como no cambia una mesa de billar cuando se mueven las bolas”. GONZALEZ ENCINAR, Jose Juan. *La Constitución y su reforma*. op. cit., p. 375.

que ele chama de conceitos “*esclusa*” com o intuito de manter a necessária relação entre Direito e realidade social<sup>218</sup>.

Situação que Böckenförde considera ser mais delicada é distinção entre mutação constitucional e o que ele nomeia de desenvolvimento jurídico constitucional<sup>219</sup>. Conceitua Böckenförde de desenvolvimento jurídico constitucional a interpretação ou a aplicação prática do Direito Constitucional cujo resultado é a complementação ou aperfeiçoamento de suas normas. Tal desenvolvimento se dá, preferencialmente, através da atuação do Tribunal Constitucional ou de outras práticas estatais dotadas de reconhecimento e força. Ressalta que, muito embora a modificação constitucional possa ocorrer pela via do desenvolvimento judicial, esta não constitui seu objetivo<sup>220</sup>.

O desenvolvimento jurídico constitucional está intimamente relacionado a indeterminação estrutural que acomete algumas normas constitucionais, como, por exemplo, as normas que disciplinam os direitos fundamentais. Tal indeterminação, segundo Böckenförde, suscita a passagem da interpretação e aplicação da norma para uma concretização sensivelmente criativa<sup>221</sup>. Cita o famoso caso Lüth como exemplo onde a

---

<sup>218</sup> “Estos conceptos contribuyen a que se mantenga la necesaria relación entre Derecho y realidad social; impiden que el Derecho se mueva en el vacío, operando al margen de la realidad social que el ha de regular, y garantizan de este modo su continuidad incluso ante el cambio de circunstancias. Es precisamente esta recepción del cambio en el ordenamento constitucional, establecida de modo consiente, lo que constituye el contenido normativo y la finalidad de tales regulaciones: si a través de esta vía se produce un cambio en el contenido de la norma constitucional, no estamos ante un cambio constitucional, sino ante una mera realización de la Constitución”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 189.

<sup>219</sup> “Más próximo al concepto de cambio constitucional, aunque se lo pueda y deba distinguir de él, es lo se denomina «desarrollo jurídico» del Derecho constitucional”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 190.

<sup>220</sup> “Aquí el objetivo no es modificar la Constitución, aunque, advertida o inadvertidamente, ello puede producirse en una cierta medida. Pero es una medida considerablemente restringida, porque interpretación y aplicación, si responden a su propia denominación, se mantienen vinculadas al contenido normativo de los preceptos constitucionales específicos y a las decisiones fundamentales de la Constitución en su conjunto — en suma al sistema constitucional”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 191.

<sup>221</sup> “Es cierto que en este terreno se da una situación peculiar, que deriva de la indeterminación de no pocas normas de la Constitución, y que invita a pasar de una interpretación aplicadora a una concretización más o menos creativa, en la que se puede decidir así o de otra manera. Pero, prescindiendo de ello, sigue en pie una diferencia típica en relación con el cambio constitucional como categoría dogmática”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 191.



interpretação de um direito fundamental pelo Tribunal Constitucional Federal alemão foi mais além, provocando uma mudança de conteúdo sob a capa de interpretação<sup>222</sup>.

Assim, Böckenförde elimina várias situações que se relacionam com a modificação constitucional, mas que não correspondem a mutação da Constituição. Para ele nem todas as modificações na realidade fática são modificações constitucionais, bem como há modificações que são admitidas pela própria configuração indeterminada da norma.

Já Gomes Canotilho postula um conceito de mutação constitucional (ou transição constitucional) como sendo a revisão informal do compromisso político formalizado expressamente na Lei Maior sem a modificação da literalidade do texto<sup>223</sup>. Supõe-se desse conceito que o autor considera mutação somente as mudanças de sentido que rompem ou que com o compromisso político contrastam. No entanto, nem todas as alterações informais chegam a alterar o compromisso político plasmado na Lei Maior.

Nas explicações que seguem, expõe Canotilho que são aceitáveis as mutações que correspondem a mudanças de sentido de algumas normas provocadas pela dinâmica da realidade, mas que *não rompem com os princípios estruturantes*, bem como não extrapolam o programa normativo. Como ele mesmo afirma, são legítimos atos de interpretação

---

<sup>222</sup> No famoso caso Lüth o Tribunal Constitucional alemão decidiu que o direito fundamental a liberdade de expressão não correspondia somente a um direito oponível ao Estado mas, também, comportava uma dimensão objetiva e uma eficácia horizontal. “Sobre la base de esta nueva interpretación (material) de los derechos fundamentales, que implicaba un cambio constitucional, y por la vía del desarrollo jurídico del Derecho constitucional, se ha acabado por llegar a una ampliación interpretativa de esta (nueva) cualidad de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio: se formularon el efecto de irradiación, el denominado efecto frente a terceros de los derechos fundamentales y los mandatos de acción y las obligaciones de protección en el ámbito jurídico fundamental.” BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 192.

<sup>223</sup> Para Canotilho, “(...) considerar-se-á transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...op. cit.*, p.1212.

constitucional<sup>224</sup>. E acrescenta que considera inaceitável as interpretações que tentam legitimar fatos que com o Texto Constitucional estão em clara contradição. Para ele tais interpretações são consideradas mutações constitucionais inconstitucionais. Reconhece, ainda, que muitas vezes quase não se pode diferenciar as mutações constitucionais fruto de interpretações e as mutações da Constituição consideradas inconstitucionais<sup>225</sup>.

Nada obstante, como bem observa Blanco de Moraes, existem modificações informais que, além de não romperem com o compromisso constitucional, também não se enquadram no programa normativo da norma constitucional, ou seja, não conseguem encaixar-se num quadro de interpretação evolutiva<sup>226</sup>.

Anna Cândida da Cunha Ferraz considera mutação constitucional todo processo informal de modificação da Lei Maior. Segundo a autora, existem modificações que alteram o sentido e o significado da Constituição sem violar-lhe a letra e o espírito, que são as chamadas mutações constitucionais. Tais mutações não contrariam a Constituição e são, direta ou indiretamente, acolhidas pela Lei Fundamental. De outra mão, há mudanças que ultrapassam

---

<sup>224</sup> Muito embora não rompam com o compromisso constitucional formalmente plasmado, ele nomeia as mudanças advindas de legítimos atos de interpretação de mutações constitucionais silenciosas. “Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam com os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas (*stille Verfassungswandlungen*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional. Por outras palavras que colhemos em K. Stern: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...* op. cit., p.1213.

<sup>225</sup> “Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver e conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B. O. Bryde: *Verfassungsentwicklungsprimat*) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ibidem*, p.1214.

<sup>226</sup> “Trata-se de uma construção mais restritiva de mutação, que possui a vantagem da sua simplicidade mas que não resolve diversos problemas, como o seguinte: como qualificar todas as alterações jurisprudenciais à Constituição portadoras de novidade normativa a que aludimos na rubrica anterior? É que, na verdade, nenhuma dessas mudanças assume uma rutura com o consenso ou com identidade da Lei Fundamental resultante do compromisso constituinte, mas também nenhuma tem correspondência com o enunciado textual da Constituição de forma a poder enquadrar-se num processo típico de interpretação evolutiva”, explana Blanco de Moraes sobre o conceito elaborado por Canotilho. MORAIS, Carlos Blanco. *As mutações constitucionais de fonte jurisprudência: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54. E-Books.

os limites constitucionais fixados pela norma, contrariando a Constituição, a estas ela nomeia de mutações inconstitucionais<sup>227</sup>. Nesse sentido, segundo a autora, para que um fenômeno receba a qualificação de mutação constitucional ele deve alterar o sentido, o significado ou o alcance de uma norma constitucional sem ofender sua letra e seu espírito, bem como proceder por outra via que não a disciplinada pelo poder constituinte instituído ou derivado<sup>228</sup>.

Compreendendo o fenômeno da mutação no mesmo sentido de Anna Cândida da Cunha Ferraz, Gilmar Mendes concebe a mutação constitucional como uma modificação informal da Constituição observada no seu sentido e com a manutenção do seu texto<sup>229</sup>.

Blanco de Moraes, em artigo dedicado ao tema das mutações constitucionais, inicia sua análise a partir de um conceito amplo do fenômeno, consistindo as mutações constitucionais em mudanças inovadoras e informais no sentido das normas constitucionais que se dão à margem do procedimento de revisão<sup>230</sup>. Seguindo sua análise e fundamentado em casos contemporâneos oriundos da atividade de Tribunais Constitucionais de vários países, avança o autor na construção de seu conceito e afirma que mutação constitucional é o fenômeno pelo qual são geradas, de forma gradual e alheia ao poder de revisão, normas materialmente constitucionais, de conteúdo político inédito e que mudam o sentido de normas constitucionais vigentes ou enfraquecem sua eficácia<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> Cita a autora como exemplo de mutação constitucional as interpretações jurisprudências que dão sentido renovado à letra constitucional sem contudo violá-la. E como exemplo de mutações inconstitucionais cita as leis integrativas inconstitucionais e os costumes *contra constitutionem*. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 9 e 10.

<sup>228</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Ibidem*, p. 11.

<sup>229</sup> “O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional”. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. E-Books, p. 561.

<sup>230</sup> “Podemos, numa definição provisória, caracterizar as mutações constitucionais, em sentido amplo, como a modificação inovadora e informal do sentido das normas da Constituição registrada à margem de um processo de revisão constitucional.” MORAIS, Carlos Blanco. *As mutações constitucionais...* op. cit., p. 44. E-Books.

<sup>231</sup> “Podemos, ainda assim, definir mutação como um *fenômeno em que normas em sentido material de conteúdo politicamente inovador, geradas e consolidadas gradualmente no tempo à margem do poder de revisão constitucional, alteram o significado de disposições constitucionais vigentes ou desvitalizam a sua eficácia*”. MORAIS, Carlos Blanco. *As mutações constitucionais...* op. cit., p. 55. E-Books.

Assim, o que se depreende das variadas concepções de mutação até então expostas é que alguns autores conceituam o fenômeno da mutação como sinônimo de mudança informal que não fere a Constituição. Se a mudança se dá seguindo as formalidade previstas no Texto Maior fala-se em reforma, mas se a mudança se dá alheia as formalidades prescritas, de maneira informal, fala-se em mutação. Ou seja, referem-se a mutação, no geral, como uma mudança não perceptível no texto, por isso, informal, à margem do processo de reforma. Conquanto, um conceito assim formulado pouco ajuda na diferenciação do fenômeno da mutação e de outros fenômenos afins, como a interpretação evolutiva da Constituição, onde há, também, uma mudança de significado e alcance da norma com a permanência do seu texto. Daí a preocupação de alguns autores<sup>232</sup> em excluir uma série de casos que com a interpretação se relacionam, mas que com o fenômeno da mutação não se confundem.

### *2.3 Interpretação da Constituição e mutação constitucional: limites e diferenças*

Como já aludido, diferenciar a interpretação do fenômeno da mutação não constitui uma missão simples. Tanto que há autores, como Peter Häberle e Klaus Stern, que acabaram por defender a falta de autonomia entre interpretação e mutação, e a resumir tudo a seara da

---

<sup>232</sup> Nesse sentido, Böckenförde e Blanco de Moraes.

interpretação constitucional<sup>233</sup>. Häberle e Stern enxergaram a mutação com um problema, mas não no sentido dos primeiros estudos formalistas onde o fenômeno da mutação se resumia a um problema entre realidade constitucional e Constituição escrita. Para tais autores a impossibilidade de dotar o fenômeno da mutação com autonomia própria os levou a considerá-lo inserido na figura jurídica da interpretação, como um problema inerente a interpretação constitucional. Obviamente tal postura foi fomentada pela importância extraordinária atribuída a interpretação vinculante realizada pelos Tribunais Constitucionais<sup>234</sup>. No entanto, um pensamento assim não significa a desconsideração da

---

<sup>233</sup> “Peter Häberle defiende más allá de esto incluso una cierta identidad entre la interpretación constitucional y la acción constituyente entendida de modo pluralista”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 196, nota de rodapé. Dentro da doutrina de Peter Häberle a modificação normativa é uma consequência inevitável e a mutação consiste em um problema de interpretação. Para este autor, só existe norma jurídica quando esta é interpretada, consistindo interpretação na colocação da norma no tempo e na realidade pública. Neste sentido, a interpretação está intimamente relacionada com a realidade dinâmica para qual ela se volta. “Daí que a validade das soluções interpretadas seja para ele sempre provisória, já que noutro tempo e noutras circunstâncias, a mesma disposição constitucional terá outra relação de significado, ou seja, dessa disposição resultará outra norma. O pretense método pluralista de alternativas permitiria que a realidade de hoje pudesse facilmente corrigir a de ontem por via da interpretação e com dispensa da alteração legislativa”, sintetiza Blanco de Moraes. MORAIS, Carlos Blanco. *As mutações constitucionais...* op. cit., p. 49. E-Books. Sobre o método concretista defendido por Häberle alerta Paulo Bonavides: “Deixa-nos o novo método concretista a impressão de que ele se fez para tornar mais fácil por via interpretativa a mudança constitucional, com uma subordinação precariamente dissimulada da Constituição formal à Constituição material”. E mais adiante acrescenta que “Até mesmo para a Constituição dos países desenvolvidos sua serventia se torna relativa e questionável, com um potencial de risco manifesto. Debilitando o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, a adoção sem freios daquele método (concretista) — instalada uma crise que não se lograsse conjurar satisfatoriamente — acabaria por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições. Demais o surto de preponderância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível é capaz de exacerbar na sociedade, em proporções imprevisíveis, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das ideias”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 514 e 516.

<sup>234</sup> “Stern ha profundizado en esta relación entre mutación constitucional e interpretación. Así, remitiéndose a Häberle, afirma que «la mutación constitucional es, pues, un problema de interpretación, de naturaleza inmanente a la norma» y destaca la «importancia extraordinaria» que tiene la interpretación de los Tribunales Constitucionales por cuanto «deciden sobre el Derecho Constitucional de manera vinculante en última instancia y, por tanto, con autoridad». LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. op. cit., p. 134.

relação Direito *versus* realidade, mas tão somente seu deslocamento para um segundo plano<sup>235</sup>.

Muito embora Stern se remeta a Häberle e considere a mutação como um problema de interpretação, imanente a norma, isso não implica que ele considere admissível todo tipo de mutação. Diferencia este autor mutações admissíveis e não admissíveis. As admissíveis são modificações fruto da interpretação concretizadora mediante o desenvolvimento judicial do Direito. Já as inadmissíveis seriam as modificações que ultrapassam a mudança de significado por via hermenêutica, ou seja, que vão além dos limites admitidos pela interpretação e concretização da norma<sup>236</sup>.

Stern é ciente da enorme importância e impacto que as interpretações do Tribunal Constitucional possuem, daí ele se preocupar em diferenciar mutações que não são admitidas, bem como em estabelecer limites interpretativos de forma que a mutação não se converta em um cânone habitual da interpretação<sup>237</sup>. Explica Liern que muito assertivamente Stern salientou que os problemas da reforma não se iniciam quando se esgotam as possibilidades da mutação, como afirma Hesse. Na verdade, os problemas de mutação surgem a partir do momento que se renuncia as possibilidades da reforma<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> “No quiere decir que la teoría de la mutación como un problema de interpretación no tenga en cuenta la conexión o desconexión entre Derecho y realidad social, lo que pasa es que la delega a un segundo plano, pues considera que en el proceso hermenéutico se encuentra la clave del problema”. Explica Carlos Alberto López Cadena. LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. 2007. 109 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. 2007.

<sup>236</sup> LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. op. cit., p. 134.

<sup>237</sup> Explica Rollnert Liern: “Pero el cambio de significado de una norma constitucional a través de la interpretación debe estar sujeto a límites más estrictos que las normas de las leyes ordinarias de tal manera que la mutación constitucional no debe convertirse en un principio «normal» de interpretación por cuanto vaciaría de sentido la fuerza normativa de la Constitución. Frente a la imposición de la realidad constitucional *contra Constitutionem*, «la mutación de significado de un precepto sólo puede darse en el marco del sentido y finalidad de la norma: ambos son susceptibles de concreción, pero no discrecionalmente interpretables»”. LIERN, Göran Rollnert. Ibidem. p. 134.

<sup>238</sup> “Dice Stern que Hesse incurre en un error al considerar que los problemas de la reforma de la Constitución comienzan allí donde acaban las posibilidades de una mutación. Él sostiene que este argumento oculta el problema, mas bien habría que afirmar que la problemática de la mutación comienza allí donde se renuncia a la reforma de la Constitución”. LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. 2007. 110 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. 2007.

Assim, considerar a mutação um problema de interpretação, sem autonomia própria, é juntar, no mesmo fenômeno jurídico, interpretação e mutação. Mesmo que se diferencie o fenômeno da mutação em casos admissíveis e inadmissíveis, como fez Stern, ainda assim não há vantagens dogmáticas em considerar de forma conjunta esses dois assuntos. Qual a diferença entre uma mutação admissível, e portanto, atenta aos limites interpretativos e uma interpretação evolutiva da norma elaborada de forma correta e atenta, também, aos limites normativos e interpretativos? Só partindo da concepção de que o fenômeno da mutação se distingue da interpretação é que se admitirá que há casos que ultrapassam de longe a seara da interpretação para se identificar muito mais com uma reforma tácita e informal da Constituição<sup>239</sup>.

Como já abordado, distanciando-se da doutrina acima exposta, autores como Böckenförde, estão mais preocupados com as implicações na dogmática constitucional e empreendem esforços na necessidade de diferenciação entre mutação e interpretação. Como visto no tópico passado, elencou este autor uma série de situações que muito facilmente poderiam ser confundidas com mutação mas que, para ele, não são.

Neste sentido, vários são os perigos da identificação entre mutação e interpretação. Salta aos olhos de pronto a ampliação de poder arrogada a quem têm competência para interpretar a Constituição. Um Tribunal Constitucional, como intérprete último da Lei Maior, vê-se apoderado da possibilidade de modificar a Constituição, o que acarretaria impactos na harmonização e na separação entre os Poderes<sup>240</sup>.

Na tentativa realizar uma análise que sirva a dogmática constitucional, Böckenförde propõe como solução partir, impreterivelmente, da concepção de interpretação como um ato

---

<sup>239</sup> “Trata así Böckenförde de delimitar un «concepto dogmático-constitucional» de la mutación constitucional para diferenciarlo de otros fenómenos, formulándolo en términos de «modificación del contenido de normas constitucionales sin que se produzca una reforma del texto constitucional (en el procedimiento prescrito para ello)», equiparándola así a la reforma tácita de la Constitución”. (grifo nosso). LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. op. cit., p. 136.

<sup>240</sup> Partilhando de tal preocupação explana Blanco de Moraes. “O esforço subtil de assimilação da mutação pela interpretação coloca, em sede de arquitetura dos poderes, o problema da competência e da legitimidade do juiz, quando este, prevalecendo-se do seu *status* de intérprete autorizado da Constituição, transita da sua anterior posição de “servo” para se converter informalmente em “senhor” da Lei Fundamental, estabelecendo o que esta significa e impondo esse significado aos poderes e aos cidadãos”. MORAIS, Carlos Blanco. *As mutações constitucionais...*, op. cit., p. 49. E-Books.

de dilucidação, desenvolvimento ou aperfeiçoamento de algo previamente dado e não apenas sugerido. É óbvio que a indeterminação estrutural de algumas normas torna a descoberta desse dado prévio um processo difícil de ser empreendido e que levaria a interpretação ao seu limite. Conclui-se, então, que para este autor, desde que os limites interpretativos sejam mantidos, tais casos não se confundem com outros meios de modificação da Constituição<sup>241</sup>.

A questão crucial para Böckenförde é que a mudança normativa se atenha aos limites da interpretação, ou seja, que ela não ultrapasse o conteúdo previamente dado e fixado pela norma. Desse modo, ele questiona as considerações de Müller utilizadas Hesse a respeito das modificações no âmbito normativo como sendo modificações no conteúdo da norma. Quando a norma têm seus efeitos concretos modificados pela transformação do seu âmbito (e com a permanência do seu programa) tal fato não implica numa modificação de conteúdo da norma, mas sim numa interpretação ajustada da mesma<sup>242</sup>. Como já salientado, Böckenförde entende que a densificação de conceitos indeterminados é algo requerido pela própria estrutura indeterminada da norma, e que foi estabelecida de modo consciente pelo constituinte. Para este autor, dentro de tal indeterminação cabe a defesa de apreciações e configurações distintas, de forma que conceitos indeterminados vinculam de forma indeterminada<sup>243</sup>.

De certa forma tal ideia também pode ser vista na doutrina de Hsü Dau-Lin quando este diferencia mutações formais e materiais. Para Dau-Lin se dá mutação material da Constituição quando, independentemente de contradição direta com o texto constitucional escrito, há transformações em seu sistema de significado. Assim, nem toda mutação formal (contradição entre situação constitucional real e direito constitucional escrito) implica em uma

---

<sup>241</sup> “En ocasiones, y dependiendo de la mayor o menor determinación o indeterminación material de la norma constitucional, esto puede convertirse en un proceso difícil, en el que la interpretación se ve llevada a su límite. Ahora bien, aun en este supuesto, sigue siendo algo diferente de la reforma o de un desarrollo nuevo de lo dado con anterioridad”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 193.

<sup>242</sup> “Lo decisivo es que el programa normativo de una norma constitucional no se transforme, sino que meramente se descubra su contenido dado y fijado, utilizando para ello los medios auxiliares reconocidos de la interpretación. Las modificaciones del efecto concreto de la norma, que se dan en el juego entre programa y ámbito normativo cuando se produce un cambio en este último, pueden ser precisamente el resultado de una interpretación ajustada de la norma, no de que se la ponga en cuestión. No modifican el texto de la norma, sino que se mantienen en el marco fijado por él”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 195.

<sup>243</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 188.



mutação material, pois nem sempre tal contradição significa numa transformação no sistema de sentido da Constituição<sup>244</sup>. Do mesmo modo, nem toda mutação no sistema de sentido da Constituição (mutação em sentido material) implica em uma mutação em sentido formal. Assim, para Dau-Lin, uma mutação por interpretação constitucional nem sempre poderá significar em mutação material, ou em seu sistema de sentido. Já que, segundo o autor, nem todas as adaptações interpretativas das normas constitucionais às necessidades vitais do Estado implicam numa modificação no sistema de sentido fixado pela Constituição<sup>245</sup>.

A dificuldade em compreender de forma distinta interpretação e mutação se dá pela significativa semelhança entre ambas. O fenômeno da mutação se envolve e se relaciona com uma série de cenários interpretativos de forma que se torna difícil separar ou enxergar onde acaba a interpretação e se inicia a mutação. Se o significado da norma é atingível mediante a interpretação da mesma, a mudança do seu significado passa necessariamente pela interpretação. Nesse sentido, a interpretação é um caminho precípua pelo qual o fenômeno da mutação se vale<sup>246</sup>.

Por isso muitos autores situam o fenômeno da mutação no campo da interpretação. A partir do momento que Hesse se vale da doutrina de Müller e compreende que o programa normativo (e o marco traçado pela interpretação do texto) é o que define se há ou não

---

<sup>244</sup> “Si la esencia de la Constitución no se agota en sus artículos individuales, si los artículos escritos son mas bien solo «indicaciones y limitaciones» del sistema indicado por el sentido de la Constitución, entonces una mutación constitucional, en sentido formal, no significa, necesariamente, a la vez, también una mutación constitucional en sentido material”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 170.

<sup>245</sup> “(...) ya que en muchos casos se trata, más bien de la adaptación de ciertas normas constitucionales subordinadas a las necesidades de la vida estatal, que de una mutación del sistema fijado por las normas constitucionales o de una intencionada valoración ínsita en ellas”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 171.

<sup>246</sup> Partindo do conceito mais amplamente difundido de mutação como uma modificação no alcance e no significado da norma a despeito da inalterabilidade do seu texto e, sabendo que o significado normativo é obtido pela interpretação, é incontestável a relação do fenômeno da mutação com a interpretação. Como bem explana Rollnert Liern: “Cualquiera que sea el concepto de mutación constitucional que se acoja, supone siempre un cambio de sentido o de significado del texto constitucional que permanece inalterado. Siendo esto así, toda mutación constitucional implica necesariamente una operación hermenéutica que transmuta el contenido semántico de la norma constitucional escrita. Lo que puede variar es el operador que lleva a cabo esa nueva interpretación que sustituye a la hasta entonces vigente, pero en todo caso en cualquier mutación subyace un cambio interpretativo”. LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. op. cit., p. 138.

modificações no âmbito normativo, ele insere a mutação na seara da interpretação<sup>247</sup>. Seguindo essa linha, mutação é sinónimo de mudança informal interna, e com esse proceder se assemelha tanto esses dois assuntos que para se entender os problemas do fenómeno da mutação, necessariamente há que se estudar os limites da interpretação. Assim, nem toda interpretação é mutação, mas toda mutação pressupõe uma prévia atividade interpretativa.

A aparente vantagem na construção de Hesse é que, ao situar a mutação no campo interpretativo ele transporta a aplicação dos limites da interpretação para a mutação, ou seja, ambas passam a possuir o teor literal da norma como limite de sua modificabilidade. Depreende-se da doutrina de Hesse que ele volta suas preocupações muito mais a imposição de limites ao fenómeno do que a questionar sua admissibilidade e suas consequências dogmáticas, como fez Böckenförde. Para Hesse, a existência de uma Justiça Constitucional dotada de amplas competências e que decida de forma vinculante sobre questões constitucionais clama a fixação de limites claros e bem definidos na emissão de decisões que se posicionem sobre a existência ou não de mutações<sup>248</sup>.

Böckenförde critica a interpretação que se distancia do texto e dos dados prévios estabelecidos para se fixar na função de dotar de sentido a Constituição como um sistema de integração, como propôs Smend. Nessa linha, a interpretação constitui a porta de entrada para o fenómeno da mutação e a competência do Tribunal Constitucional em interpretar a Constituição transfigura-se na competência para modificá-la.

---

<sup>247</sup> Nesse sentido Rollnert Liern. “Ésta ha sido, pues, la principal aportación de Hesse: situar claramente la mutación en el campo de la interpretación constitucional de tal forma que su límite es el mismo, el texto de la Constitución”. LIERN, Göran Rollnert. Ibidem. p. 133.

<sup>248</sup> Nesse sentido, explana Hesse: “Maior repercussão deveria atribuir-se à presença de uma justiça constitucional de amplas proporções que originou o fato de que a prática dos poderes Legislativo e Executivo não seja a única coisa que decida de forma vinculante sobre a aplicação do Direito Constitucional, tudo isso com independência de que uma eventual correção esteja subordinada a recurso ao tribunal constitucional, em cada hipótese concreta”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 298 e 299. No mesmo sentido Rollnert Liern: “En efecto, ante el escenario (hipotético pero no descartable) de reformas constitucionales inviables por falta de la mayoría cualificada necesaria, la apelación al Tribunal Constitucional para que decida de forma vinculante sobre la constitucionalidad de las leyes o actos mediante los que se opere una mutación polémica exige «parámetros lo más claros posibles que permitan responder a la pregunta de si se ha producido un cambio de la Constitución» que será inadmisibile si se han rebasado los límites establecidos, difuminándose la distinción entre actos constitucionales e inconstitucionales si no existen tales parámetros”. LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. op. cit., p. 132.

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz parte do conceito de mutação constitucional como uma alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional que não ofende nem a letra e nem o espírito da Constituição, e que, ademais, se processa a margem dos meios estabelecidos pelo poder constituinte instituído ou derivado. Partindo desse conceito, a autora considera que há mutação constitucional por interpretação quando há um novo sentido, mais abrangente que o antigo, ou um novo significado ou conteúdo, atribuídos a norma constitucional pela via da interpretação<sup>249</sup>. Como esse é o conceito mais difundido do fenômeno da mutação, a autora ainda chama a atenção para o fato de a interpretação ser considerada pacífica e uniformemente pela doutrina como processo de mutação constitucional<sup>250</sup>. Mais um vez aqui se percebe a colocação da mutação inserida no campo da interpretação.

Diante do exposto, percebe-se que a relação entre mutação constitucional e interpretação é bastante íntima. Vários cenários interpretativos podem ser confundidos com o fenômeno da mutação, o que torna difícil uma abordagem dogmática do fenômeno, tanto que, como salientado, a mutação foi estudada por alguns autores como um problema de interpretação. Já outros, como Böckenförde, foram mais além e abordaram a necessidade não apenas em estabelecer limites para que o fenômeno seja considerado admissível ou inadmissível, mas em admitir o fenômeno em si, ou seja, em admitir a modificabilidade do conteúdo das normas constitucionais fora do procedimento previsto por ela para tanto.

Ressalte-se, no entanto, que não é só o fato de haver transformações na norma constitucional fruto da interpretação dos Tribunais Constitucionais que contradita o fenômeno da mutação. Como já salientado, a interpretação pode — e é — dinâmica. No entanto, até que

---

<sup>249</sup> “Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da *mutação constitucional*. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional. *Em resumo, ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição*”. (grifo nosso) FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 56 e 57.

<sup>250</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Ibidem*, p. 55.

ponto uma modificação profunda, transcendental da norma constitucional pode ser realizada por um Tribunal Constitucional sem que este perca a legitimidade de sua função<sup>251</sup> ?

---

<sup>251</sup> “El tema capital del Derecho constitucional norteamericano es hoy, justamente, ése, tras la formidable reescritura de la Constitución llevada a término por la jurisprudencia WARREN: ¿qué criterios puede usar el Tribunal para una innovación jurídica tan transcendental sin perder la legitimidad de su función?” ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma...* op. cit., p. 209 e 210.

### 3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Diversos autores consideram a interpretação judicial uma via de erupção pelo qual o fenômeno da mutação constantemente se vale. Desde a noção de Constituição como norma jurídica suprema e que clama a proteção de um órgão dotado de autoridade para assegurar sua validade jurídico-positiva através de suas decisões, é que as jurisdições constitucionais cada vez mais assumiram o papel de destaque quando se fala em mutação constitucional. A preocupação com o elemento fático e seus impactos no campo da eficácia da norma, característicos dos primeiros estudos da mutação, perderam espaço quando se percebeu que as modificações na norma constitucional se davam através da atividade interpretativa de um órgão jurisdicional, fora de processo de reforma<sup>252</sup>. No entanto, será mesmo que uma abordagem exclusivamente normativa é capaz de explicar a mutação constitucional que se vale da interpretação judicial em toda sua complexidade?

Como já salientado, dentre as formas de modificação das normas constitucionais, a interpretação judicial possui incontestável destaque. Mas o fato de a interpretação não ser estática, não significa que esta deva ser confundida com o fenômeno da mutação. Já se remeteu a doutrina de Böckenförde e aos vários cenários interpretativos que com a mutação se relacionam sem com ela se confundir. Do mesmo modo, já se falou que a interpretação não tem como ignorar a realidade para qual ela se volta. Talvez resida aí o mérito da teoria estruturante pós-positivista de Müller, que trouxe a realidade para dentro da norma onde, juntamente com seu programa normativo, compõem a estrutura da norma jurídica. Também já foi salientado o erro positivista em se conceber Direito e realidade de forma alheia e completamente separados.

---

<sup>252</sup> “Ahora el Derecho constitucional es diferente, ya que la Constitución posee supremacía y fuerza normativa, además existe una jurisdicción constitucional que implica una vinculación profunda entre Derecho y juez, garantizándose así un ordenamiento con validez jurídico-positiva. Por tal razón, el concepto dogmático de mutación, como se dijo antes no debe preocuparse sólo por la constatación entre el cambio en la realidad y su efecto en la norma, es decir, con atención sólo en las causas y en la forma en que se producen, sino que ahora es necesario preguntarse sobre su licitud, admisibilidad, constitucionalidad, límites y consecuencias jurídicas. Con fundamento en estas nuevas características, el concepto de mutación alcanza los perfiles de un concepto dogmático”. LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. 2007. 114 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. 2007.

Desta feita, o elemento fático ou a realidade constitucional, constitui o epicentro das transformações da norma constitucional, seja por interpretação ou por mutação<sup>253</sup>. Muito embora as transformações da realidade possam ser consideradas endógenas, ou seja, consideradas internas, no ambiente normativo da norma mesma ou, ao revés, possam ser consideradas externas, como um descompasso entre realidade constitucional e Constituição, em ambos os casos, o elemento fático — seja ele considerado parte ou não da norma —, se encontra no núcleo das transformações interpretativas, bem como dos casos de mutação constitucional<sup>254</sup>.

Do exposto, considera-se necessário a análise do elemento fático na dinâmica das transformações da norma, seja por interpretação, seja por mutação. Impende destacar que a análise do elemento fático que aqui se faz não pretende ser um retorno ao conceito clássico de mutação constitucional, que reduziu o fenômeno ao descompasso entre realidade constitucional e Constituição. A abordagem fática que aqui se levanta se volta para a averiguação da eficácia da norma e de sua força normativa<sup>255</sup>, bem como nos seus impactos na interpretação e mutação constitucionais.

---

<sup>253</sup> Na presente pesquisa não se defende a confusão entre interpretação constitucional e mutação constitucional por interpretação judicial. Muito embora se admita que a primeira pode (e deve) ser não estática, isto não significa que toda mudança interpretativa implique em uma mutação.

<sup>254</sup> Não se quer dizer que a dinâmica da realidade seja a única responsável pelas transformações interpretativas, só que ela ocupa um papel de destaque. A esse respeito Anna Cândida Cunha Ferraz cita diversos fatores que realçam o papel transformador da interpretação judicial, a saber: “(...) a *linguagem*, o *caráter sintético das Constituições*, as *lacunas* e *omissões* constitucionais; ao lado desses, os fatores externos, quais sejam, (a) a *mutabilidade social* que provoca o surgimento de novas necessidades e novas situações impossíveis de serem previstas pelos constituintes; mas inteiramente percebidas pelo intérprete judicial ao aplicar a Constituição; (b) a *mudança*, razoável, admissível e legítima, na intenção dos próprios intérpretes e aplicadores constitucionais que sofrem, eles mesmos, influência das transformações sociais, políticas, econômicas e históricas; e (e) a *evolução* dos valores (políticos, filosóficos, econômicos, morais) e das idéias-base, subjacentes a toda Constituição, e que não podem ser desconhecidas ou ignoradas no momento da interpretação e aplicação da norma constitucional ao caso concreto”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 126.

<sup>255</sup> “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 269 e 270.

### *3.1 A necessária análise do elemento fático na interpretação da Constituição e no fenómeno da mutação constitucional*

Com muita razão observou Jellinek que os fenómenos sociais possuem um modo constante e uma índole dinâmica, bem como se modificam conforme seu carácter, sua intensidade e sua duração, fazendo com que o objeto das Ciências Sociais estejam em constante modificação<sup>256</sup>.

A relação Direito e sociedade é inegável, já que o fenómeno jurídico se mostra como uma das manifestações mais típicas da vida em sociedade<sup>257</sup>. Essa íntima relação entre Direito e fato social se mostra de forma bem evidente no Direito Constitucional, já que este ramo específico não se satisfaz com uma explicação puramente normativa do fenómeno jurídico<sup>258</sup>. A existência de mutações constitucionais evidenciam tal insatisfação e impulsionam o jurista buscar as fontes produtoras das normas, voltando-se para as instituições que as produzem e realizam. Em suma, quem se dedica ao Direito Constitucional vê-se desafiado a investigar elementos que transcendem a norma em si, já que os meios de formação e evolução da norma influenciam no processo de aplicação da mesma.

Ressalte-se, desde logo, que a intenção da presente análise fática não se confunde com Sociologia. Não pretende a presente abordagem se voltar ao estudo das leis de desenvolvimento dos fenómenos sociais em si, ou explicar os motivos que levaram a sociedade a desenvolver-se da maneira “x” ou “y”. Nada obstante, admite-se que o estudo

---

<sup>256</sup> Sobre a árdua tarefa de analisar e explicar cientificamente os acontecimentos sociais, explana Jellinek. “Todo hecho histórico, todo fenómeno social, ofrecen, a más de su semejanza con otros, un elemento individual que los diferencia de los demás por análogos que sean. No hay resultado social que sea meramente representación de un género, sino que es algo que sólo existe una vez y jamás vuelve a repetirse en la misma forma; del propio modo que jamás se repite el mismo individuo en la variedad inmensa de las individualidades humanas”. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução: Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1905, p. 5, 6 e 22.

<sup>257</sup> BISCARETTI DI RUFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Traducción: Pablo Lucas Verdú. Madrid: Editorial Tecnos. 2ª edição, 1982, p. 67.

<sup>258</sup> Sobre o papel do constitucionalista escreveu J. Bryce “el jurista constitucional, si quiere comprender su materia y tratarla fértilmente, ha de ser tan historiador como jurista. Sus formulas e instituciones legales no pertenecen a la esfera de la teoría abstracta, sino al mundo fáctico concreto”. J. Bryce. *The action of centripetal...* p. 258, Apud GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p.133.

vindo de outras ciências, como, por exemplo, o histórico, o filosófico e o sociológico, são de grande utilidade na compreensão do fenômeno jurídico<sup>259</sup>.

O elemento fático, está presente no momento pré-normativo, de forma abstrata, como fato social tão somente. De forma bastante sucinta, há a constatação de que o fato social necessita ser regulamentado juridicamente em seguida, há a elaboração da norma determinando a proibição, a permissão ou a faculdade daquele fato, que agora, é, também, jurídico<sup>260</sup>. Em um terceiro momento, há a atividade do intérprete judicial, que tentará subsumir a norma ao fato, que desta vez aparece concreto e individualizado<sup>261</sup>. Quando a atividade do intérprete se dá em um momento imediato, não tão distante da realidade fática no qual a norma foi abstratamente pensada, não há grandes desafios nesta atividade<sup>262</sup>. Nestes casos, a relação entre situação fática e jurídica é tão íntima que a própria descrição dos fatos

---

<sup>259</sup> Biscaretti di Ruffia esclarece que o recurso a outras disciplinas não é somente útil ao jurista, mas sim, um pressuposto indispensável para o desempenho de sua atividade. Explica o autor que “(...) estos últimos análisis deberán conocerse bien en sus resultados y despliegues por el iuspublicista, porque son útiles, y a menudo son presupuestos indispensables, para obtener un conocimiento mejor y cabal de aquella multiforme realidad, dentro de la cual se llama al jurista para desempeñar su actividad”. BISCARETTI DI RUFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Traducción: Pablo Lucas Verdú. Madrid: Editorial Tecnos. 2ª edição, 1982, p. 75.

<sup>260</sup> A respeito do processo de transformação do fato social pelo Legislador em norma é imperioso a explicação do pensamento de Georges Burdeau feita por Marcello Caetano. “É graças a intervenção do Poder Político que se passa da *verificação* da ideia de Direito dominante, isto é, dos princípios gerais dados pela sociedade como mais adequados ao ideal de realização do Bem Comum, à *obrigação* de acatamento desses princípios por toda coletividade, pois o Poder Político transforma a ideia de Direito verificada dominante em *regras jurídicas* obrigatórias”. CAETANO, Marcello. *Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955, p. 252.

<sup>261</sup> Tal assertiva não descuida do controle abstrato de constitucionalidade, onde a análise da norma se dá também de forma abstrata, no exame de compatibilidade formal e material da norma infraconstitucional.

<sup>262</sup> Konrad Hesse, de certa maneira, se remete a este pensamento quando afirma que a força normativa da Constituição têm como uma de suas condicionantes a correspondência com a natureza singular do presente. “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”. E mais adiante complementa: “Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Esses limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela ideia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 267 e 275.



coincide com a declaração jurídica<sup>263</sup>. No entanto, quando essa atividade se dá em um momento em que o ambiente normativo é outro, bem diverso do predominante no imperante à época da criação da norma, a atividade interpretativa se torna difícil e desafiadora<sup>264</sup>.

A compreensão dos fatos no processo de elaboração normativa pelo legislador é permeada por dificuldades e limitada pelas possibilidades de expressão de sua época. Tal dificuldade foi percebida por Georges Burdeau quando o autor afirmou que nas sociedades existem diversas ideias de Direito que competem entre si na ânsia de impor-se como dominante e de inspirar o Poder político<sup>265</sup>.

Com o decorrer do tempo, algumas questões antes consideradas muito importantes deixam de ser, bem como outras, não contempladas, surgem. Nesse sentido, a elaboração legislativa volta-se para a solução de questões fora do seu tempo, *pro futuro*, e a interpretação judicial, interpreta e aplica a lei buscando soluções para o tempo presente. Assim, quem interpreta busca soluções para o seu tempo. Desta feita, é que algumas Constituições

---

<sup>263</sup> Karl Larenz explica e exemplifica com maestria essa temática. Esclarece o autor, que há casos em que a “(...) situação de facto não pode ser de todo em todo descrita de outro modo senão com aqueles termos que contém já uma valorarão jurídica”. E exemplifica: “Se alguém deu origem a um ruído perturbador do repouso, não se tendo medido exatamente a intensidade, é difícil descrevê-lo de outro modo senão com aqueles termos que contém já uma valoração jurídica”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. op. cit., p. 435.

<sup>264</sup> Além das dificuldades advindas de uma modificação no ambiente normativo, pode ainda o intérprete encontrar circunstâncias peculiares do caso concreto que não foram (ou não podiam) ser previstas pelo legislador. O ambiente normativo pode permanecer semelhante ao do nascedouro da norma, mas na aplicação da norma ao caso concreto surgem peculiaridades práticas que não existiam, ou não foram previstas na conjuntura abstrata da norma. Daí alguns autores, como Theodor Viehweg, conceberem como solução para esta dificuldade o recurso a tópica, ou seja, a técnica de pensar por problemas. Ao invés de buscar as soluções abstratamente na norma, foca-se no problema concreto e nas circunstâncias do caso.

<sup>265</sup> Ideia de Direito, na doutrina de Burdeau, significa “um produto das ideologias e do meio social”. É a “(...) convicção nascida nos espíritos de que a ordem social deverá obedecer a certas e determinadas características para satisfazer melhor aos objetivos do Bem Comum”. Apesar da expressão “Direito”, a ideia de Direito refere-se a algo ainda não investido de juridicidade, podendo esta vir a tornar-se uma regra de Direito, ou seja, “uma norma jurídico-positiva tornada obrigatória pelo Poder político”. CAETANO, Marcello. *Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955, p. 251 e 252. Jellinek também já atentava para tanto quando, há tempos, já denunciava a fragilidade legislativa em captar a realidade. “Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre, únicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma”. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. op. cit., p. 6.

plasmadas de forma mais estável não resistem a tensão da dinâmica social e vão se modificando com o decurso do tempo<sup>266</sup>.

Tal modificação pode dar-se pela via interpretativa e não se confunde com o que alguns autores nomeiam de constituição real, ou seja, com o aparecimento de um normativismo a parte do direito proclamado (escrito ou não escrito), advindo da realidade que se impôs. O que alguns autores, como Adriano Moreira, chamam de constituição real refere-se ao poder normativo dos fatos, que muito embora não sejam revestidos de juridicidade, estão sedimentados na vigência da vida. Estes podem ser captados pela interpretação judicial e, assim, assumir além da força fática, força jurídica. Deste modo, segundo este autor, os fatos tanto podem influenciar a interpretação judicial e impulsioná-la a progredir, fazendo desta uma interpretação evolutiva<sup>267</sup>, como podem concorrer e contrapor-se às normas vigentes.

Tal temática não é nova e foi objeto da análise aguçada de Forsthoff desde o século passado. Para exemplificar a persistência das modificações sociais e seus impactos na jurisprudência, se utilizou este autor das transformações sofridas pela garantia do direito de propriedade. Observou Forsthoff que a garantia da propriedade como direito fundamental, em seu nascedouro, estava intimamente ligada a ideia de patrimônio, de forma que a noção de patrimônio consistia na propriedade de coisas móveis e imóveis. No entanto, com o progresso técnico ocorrido no século XIX houve uma considerável acumulação de capital e a ideia de

---

<sup>266</sup> Sobre a relação entre o fator *tempo* e o processo de mutação constitucional discorreu Gilmar Mendes: “O tempo é, portanto, fator ou dimensão no âmbito do qual se pode alterar entendimentos, modificar sentidos, dar nova extensão a textos constitucionais. Em resposta ao transcurso inevitável do tempo, Cortes Supremas precisam realizar a tarefa de aplicar, na atualidade, Constituições elaboradas em épocas passadas, em verdadeira arte interpretativa para manter vivo o texto constitucional”. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 178.

<sup>267</sup> Adriano Moreira, em sua obra *Ciência Política*, explana a diferença entre a ordem jurídica proclamada e a constituição real, no sentido de que esta última corresponde ao fato “(...) de que o direito proclamado (escrito ou não) não cumpre total ou parcialmente, e aparece um normativismo, à margem do direito proclamado, composto de vigências que se impuseram. Este duplo plano do normativismo do Estado não deve confundir-se com a evolução do sentido das normas, que estão consubstanciadas por exemplo na Constituição política, em resultado de uma interpretação jurídica atualizada. Não se trata de passar de um plano a outro. Trata-se de dois planos separados, de tal modo que poder normativo dos factos, impondo vigências normativas, deixa inoperantes as fontes formais do direito”. MOREIRA, Adriano. *Ciência Política*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2012, p. 127 e 128.

patrimônio deixou de estar vinculada estritamente à noção de propriedade<sup>268</sup>. Diante desse novo panorama, aponta Forsthoff, prontamente surgiram posicionamentos doutrinários a defender a extensão da garantia constitucional da propriedade aos direitos de crédito. Posição que não tardou a ser seguida pelo próprio Tribunal Supremo do *Reich*<sup>269</sup>.

Outro exemplo, mais atual e ocorrido no ambiente constitucional brasileiro também é invocado na tentativa de elucidar com mais clareza o que se pretende afirmar.

O inciso V do artigo 203 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe sobre a assistência social<sup>270</sup>, foi posteriormente regulamentado pela Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, mais conhecida como LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social). Tal lei estabeleceu os critérios para que os portadores de deficiência, bem como os idosos que não possuem condições de se proverem por si ou por sua família, pudessem fazer jus ao

---

<sup>268</sup> “La sociedad de capital pasó a ser titular del desarrollo industrial, y tuvo como consecuencia la desvinculación entre el concepto de patrimonio y de la propiedad. Cuestión ésta que, por lo que al Estado se refiere, hasta la Primera Guerra Mundial había de permanecer largo tiempo carente de significado práctico alguno (...). Al concluir la Gran Guerra, cuando el Estado se vio compelido a terciar en vida económica, se planteó urgentemente la pregunta se la garantía de la propiedad tenía que limitarse a la protección del derecho real o, por el contrario, había de ser entendida como garantía patrimonial tal y como en su origen de hecho lo había sido”. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 369.

<sup>269</sup> “Aunque también sea cierto que, lo que ahí se observa, es el fracaso de las reglas convencionales de aplicación del derecho; como siempre sucede, por otra parte, cuando de lo se trata es de aplicar una ley sobre una realidad esencialmente distinta a la que en su texto subyace y por la que se originó. En definitiva, si para obtener un resultado racional y comprensible, la jurisprudencia sigue la lógica que ofrecen las circunstancias imperantes, entonces nada habrá que objetar”. FORSTHOFF, Ernst. *Ibidem*, p. 371.

<sup>270</sup> Artigo 203 da Constituição brasileira: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, *conforme dispuser a lei*”. (grifo nosso).

benefício constitucional previsto no inciso V do artigo 203 da CF, correspondente a um salário mínimo por mês<sup>271</sup>.

A problemática maior se deu em torno do § 3º do artigo 20 da referida lei que dispôs como critério de comprovação da incapacidade familiar, a renda mensal inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo *per capita*. No entanto, na prática, o critério legal exigido pelo § 3º não se mostrava suficiente para a comprovação da incapacidade de manutenção, pois permitia que situações incontestáveis de miserabilidade social fossem excluídas da abrangência do benefício assistencial constitucional. Tal constatação ensejou a elaboração de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 1.232/DF), em 1998, pelo Procurador-Geral da República, questionando a constitucionalidade do já citado § 3º do artigo 20 da lei nº 8.742/93. Mesmo com a acolhida da tese sustentada na ADI pelo Ministro Relator Ilmar Galvão<sup>272</sup>, a maioria dos demais votos dele divergiram, considerando que o dispositivo em análise traz um critério objetivo compatível com a Lei Maior, e que a possível necessidade de elaboração de outros critérios seria uma questão de competência legislativa.

O que chama a atenção é que mesmo com o julgamento desfavorável da ADI nº 1.232/DF, a questão a cerca desse critério legal objetivo não restou resolvida. Juízes e tribunais,

---

<sup>271</sup> Tal benefício é mais conhecido como BCP, Benefício de Prestação Continuada. Dispõe o artigo 20 da lei nº 8.742: “O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)”. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm).

<sup>272</sup> “A tese era a de que o § 3º do artigo 20 da LOAS nada mais fazia do que estabelecer uma presunção *juris et de jure*, a qual dispensava qualquer tipo de comprovação da necessidade assistencial para as hipóteses de renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, mas que não excluía a possibilidade de comprovação, em concreto e caso a caso, da efetiva falta de meios para que o deficiente ou idoso possa prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família”. Tudo isso com base em uma interpretação conforme à Constituição. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 196 e 197.

diante das situações reais de miserabilidade que lhes eram apresentadas, desenvolviam modos de se distanciar do critério legal e avaliar a situação concreta de miséria vivida pelas famílias com entes deficientes e idosos. Como bem explanou o Ministro Gilmar Mendes, entre empregar o critério legal objetivo e buscar uma solução compatível com a real situação social da família, os juízes optaram por esta última, mesmo que isso significasse a criação de critérios outros que não os legais, bem como sinalizasse um possível descrédito em relação a decisão proferida pelo STF<sup>273</sup>.

Nos anos que se seguiram foram editada diversas leis que estipulavam critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais. Tal fato concorreu para que o benefício assistencial continuasse a ser concedido fora das diretrizes objetivas fixadas pela lei, e desta feita, juízes e tribunais estabeleceram o valor de 1/2 (um meio) do salário mínimo como critério de aferição da renda familiar *per capita*. Seguindo essa mesma linha, Ministros do STF passaram, em sede de decisões monocráticas, a reconsiderar suas antigas posições acerca não superabilidade de critérios objetivos.

A não aplicação da norma, no caso em questão, deu-se pela atuação de juízes e tribunais, notadamente os de primeira instância, por primeiro, já que eram estes os que tinham contato direto com a realidade social da demanda jurídica, até se refletirem nas decisões dos Ministros da mais alta Corte do país, o STF. No entanto, a motivação desses magistrados foi fática, a saber, foi a força social da situação de miséria que não pôde passar despercebida pelos intérpretes e aplicadores a lei. Como destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, o caso não se resumiu a uma simples opção hermenêutica, mas sim a uma imposição da realidade

---

<sup>273</sup> “E isso passava a significar, cada vez mais, que a interpretação da LOAS pleiteada pelo Ministério Público na ADI 1.232 não era apenas uma opção hermenêutica, mas uma *imposição que se fazia presente nas situações reais* multifacetárias apresentadas aos juízes de primeira instância”. (grifo nosso) MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação...* op. cit., p.162.

fática<sup>274</sup>. Foi a força dos fatos que se impuseram na órbita jurídica através da aplicação do intérprete judicial<sup>275</sup>.

Ressalte-se que em 2013 o controvertido § 3º do artigo 20 da lei nº 8.742/93 foi declarado inconstitucional em sede de Recurso Extraordinário (RE nº 567.985). Nesta oportunidade, entendeu o STF que o critério preconizado pela norma acima era defasado para configurar situações de miserabilidade<sup>276</sup>.

Esclarece-se, contudo, que a análise dos valores que servem de parâmetros para configuração da situação de miséria exigem uma complexa análise econômica, financeira, orçamentária e de geração de impactos que competem aos Poderes Executivo e Legislativo, e fogem a seara do Poder Judiciário. No entanto, o que aqui se quer destacar é o papel ativo que a realidade fática têm nas decisões, nas interpretações e nos processos de modificação normativa. Muitas vezes tal papel ultrapassa o campo da influência ou da sugestão e se impõe, se incutindo na seara jurídica através da interpretação<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> E continua o Ministro Gilmar Mendes: “Era evidente a ocorrência de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias *mudanças fáticas* (políticas, econômicas e sociais) e *jurídicas* (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro”. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação...* op. cit., p.162.

<sup>275</sup> No ambiente constitucional brasileiro, onde o controle de constitucionalidade é híbrido, existe a discussão sobre a possibilidade da mutação ser deflagrada por órgão diverso do STF. Gilmar Mendes admite tal hipótese, pois para ele “(...) a mutação por interpretação constitucional pode advir de um grupo de Juizes ou Tribunais e possuir tamanha dimensão e abrangência a ser considerada como ato do Poder Público”. CASALI, Andréia Rodrigues Rodrigues. *A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

<sup>276</sup> “Trata-se de um caso emblemático em que a decisão que declarou a constitucionalidade de uma norma, tomada em sede de controle abstrato (ADI 1.232), foi revista anos depois, em sede de controle difuso de constitucionalidade (RE 567.985 e 580.963). Afinal, *o plexo das circunstâncias fáticas e jurídicas* alterou por completo o juízo de compatibilidade entre a norma e Constituição Federal, o que implicou um processo de inconstitucionalização”. (grifo nosso) MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação...* op. cit., p.164.

<sup>277</sup> Observa-se que a realidade fática poderia ter se sedimentado por outra via que não a interpretação judicial. Vários foram os apelos feitos ao Legislador por parte do Poder Judiciário para elaboração de uma nova regulamentação a respeito do controvertido tema, porém, sem sucesso. Tal fato também é verificado desde os primeiros estudos da mutação. Explica Francisco Fernández Segado que já nos estudos feitos por Laband em 1895 sobre as modificações informais sofridas pela Constituição do Império alemão de 1871, “(...) que tais mudanças tentaram canalizar-se através das reformas pertinentes da Constituição, entretanto, a sistemática oposição do *Reichstag* ou do *Bundesrat* as frustraram”. SEGADO, Francisco Fernández. *As mutações jurisprudenciais na Constituição*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. op. cit., p. 86.

Para Fernández Segado, a mutação por interpretação constitucional é o resultado de uma interpretação que evolui no decorrer do tempo para acomodar as transformações sociais e políticas através do novo significado da norma. Assim, a mutação é vista como resultado da alteração do significado da norma, através da interpretação evolutiva, com fito de acomodar os novos fatos ou a nova realidade à norma interpretada<sup>278</sup>. Nota-se, nesse conceito, que a interpretação (ou seu intérprete) tem o papel ativo na tarefa de acomodar as circunstâncias sociais e políticas à norma. No entanto, há circunstâncias fáticas consumadas e imbuídas de tanta força que já não permitem ao intérprete a sua não observação, bem como não permitem ao intérprete a dosagem da sua ponderação na aplicação da norma. Tais fatos se impõem à interpretação e ao intérprete de forma que a sua não observação não é uma opção.

Concebida assim, há mutação constitucional por interpretação sempre que houver a modificação do significado da norma, com a permanência do seu texto, tendo em vista o acolhimento das novas exigências da realidade social. Nesses termos, a interpretação evolutiva não é um mecanismo pelo qual a mutação se vale, mas sim sinónimo de mutação. Conquanto, será mesmo que um fenómeno informal como a mutação deve ser equiparado ou confundido com a prática jurídica de interpretação evolutiva da Constituição?

### *3.2. Interpretação evolutiva da Constituição e mutação constitucional: limites e diferenças*

A atribuição de novo conteúdo, sentido ou alcance à norma sem a modificação de seu teor literal não é suficiente para explicar o fenómeno da mutação. Uma norma indeterminada, onde mais de um significado é possível de lhe ser atribuído, quando se move entre esses significados, a depender da época, alternando o significado que prevalece com a chancela de

---

<sup>278</sup> Para este autor, há mutação constitucional tanto quando se modifica o significado da norma através da interpretação que evolui para acomodar a nova realidade, como, também, na linha de Kelsen, quando a prática constitucional se revela em clara contradição com o texto Constitucional. SEGADO, Francisco Fernández. *As mutações jurisprudenciais na Constituição*. op. cit., p. 95 e 96.

seu programa, não é mutação<sup>279</sup>. Uma coisa é mudar o sentido sem contrariar o texto, que é indeterminado e comporta vários sentidos. Outra, bem diferente, é mudar o significado contrariando os vários sentidos possíveis e cabíveis naquele programa normativo aberto. A abertura da linguagem constitucional e a polissemia de alguns de seus termos não são absolutas, muito menos, infinitas. Comportar vários significados não significa aceitar uma infinidade de significados. As situações fáticas que os vários significados podem conduzir não existem sozinhas, elas coexistem com o programa normativo e compõem, em conjunto, a estrutura de uma mesma norma jurídica.

Paredes meias com o acabado de expor tem-se a interpretação evolutiva da Constituição. Graças a esta maneira de se interpretar, a Constituição consegue se manter atual, atendendo as exigências da realidade, sem ignorar o seu texto. O *modus operandi* da interpretação evolutiva é a priorização da *ratio legis*, ou seja, do fundamento racional que acompanha a norma ao longo de sua vigência<sup>280</sup>. Este tipo de interpretação não prioriza a *occasio legis*, ou seja, a conjuntura presente na edição da norma, mas sim a conjuntura atual que permeia a aplicação e a interpretação da mesma. Tal interpretação é dinâmica e dá relevo a adaptação da norma às novas situações. Nesse sentido, é natural que ela não se prenda a *occasio legis*, já que na conjuntura pretérita o significado que imperava era outro, diverso do atual.

A grande dificuldade, como bem explica Blanco de Moraes, é delimitar juridicamente as várias hipóteses cabíveis no ambiente normativo de normas com estrutura indeterminada e polissêmica, podendo o intérprete se deixar levar pela infinidade de situações que àquele ambiente normativo se pode imputar. Caso isso ocorra, o triunfo dos fatos, ou da normalidade

---

<sup>279</sup> Nesse sentido Böckenförde. “No se puede hablar tampoco de cambio constitucional cuando se producen cambios al aplicar los conceptos constitucionales indeterminados que forman parte de una norma constitucional. Estos conceptos indeterminados no solo son susceptibles de una concreción mas detallada, sino la requieren”. E mais adiante acrescenta: “El concepto constitucional indeterminado sólo perfila un marco recortado por el núcleo del concepto, y dentro de él son defendibles en igual medida valoraciones, apreciaciones o configuraciones distintas. Si se lo toma en serio desde un punto de vista normativo y de la lógica lingüística, en el no cabe una única solución correcta. Como concepto indeterminado sólo puede y sólo pretende, vincular de forma indeterminada. La posibilidad que se realicen diferentes concretizaciones es la consecuencia de su indeterminación, y por lo tanto estas no modifican el contenido (indeterminado) de aquel”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 188.

<sup>280</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...* op. cit., p. 145.



é incontestável e o ambiente normativo torna-se a parte estrutural da norma que a domina e define, sendo o seu programa irrelevante, ou apenas o portavoz de qualquer situação fática incontestável<sup>281</sup>.

Mais uma vez recorre-se a exemplos extraídos da realidade jurisprudencial brasileira para melhor elucidação do acabado de explicar.

A Constituição brasileira de 1967 regulamentava a fidelidade partidária em seu artigo 152, ou seja, o parlamentar devia permanecer filiado ao partido pelo qual concorreu as eleições e foi eleito, sob pena de perda de mandato. No entanto, em 1985, por força da Emenda Constitucional n. 25, a não fidelidade partidária deixou de configurar no rol das causas de perda de mandato elencadas pelo artigo 35, inciso V, e o parlamentar que mudasse de partido não perderia seu mandato. A Constituição seguinte, de 1988, que é a atual, seguiu essa mesma linha, e optou pela não adoção da infidelidade partidária como forma de perda de mandato.

Em 1989, o STF já havia sanado qualquer controvérsia no bojo do Mandado de Segurança n. 20.927/DF, firmando o entendimento de que a própria Constituição não havia plasmado a infidelidade ou desfiliação partidária em seu rol de sanções de perda de mandato, o que autorizava o parlamentar a mudar de partido sem sofrer tal consequência.

No entanto, vários parlamentares se utilizavam do fato da infidelidade partidária não configurar hipótese de perda de mandato para abandonar a legenda pela qual foram eleitos em troca de negociações e barganhas políticas diversas. Tal panorama instalado na realidade

---

<sup>281</sup> “Dito isto, a dificuldade em estruturar juridicamente o ambiente normativo (mesmo quando trabalhada impressivamente por MULLER através da hipotetização de critérios) gera sérios riscos fenoménicos de “possessão” da norma pelo sobredito ambiente, ao ponto de o programa político daquela se dobrar, topicamente, ao império dos factos que defluem desse ambiente e às pré-compreensões ideológicas e culturais do juiz. Os riscos de a interpretação resvalar de uma atividade de revelação do sentido do direito posto para uma função de “produção normativa” fora há muito destacada pelos clássicos portugueses, como CABRAL DE MONCADA, a propósito de excessos da interpretação evolutiva”. MORAIS, Carlos Blanco de. *As mudanças constitucionais de fonte...op. cit.*, p. 67 e 68.

partidária brasileira suscitou reflexões acerca da interpretação que até então se tinha das normas que tratavam dessa temática<sup>282</sup>.

Assim, diante da prática do transfuguismo passou-se a sustentar que, se a Constituição impõe que a filiação a um partido é condição para a elegibilidade de um candidato (artigo 14, § 3º, V, CF) e tendo em vista o papel do voto de legenda na eleição do mesmo, o entendimento predominante à época de que a infidelidade partidária não era causa de perda de mandato afigurava-se amplamente questionável<sup>283</sup>.

Nesse sentido, diante da realidade fática predominante no ambiente partidário brasileiro, o STF, no julgamento de vários Mandados de Segurança impetrados<sup>284</sup>, reviu seu posicionamento e firmou entendimento no mesmo sentido exposto na consulta feita ao Tribunal Superior Eleitoral, revendo entendimento predominante há quase vinte anos, e se posicionando a favor da perda de mandato por infidelidade partidária<sup>285</sup> mesmo sem esta hipótese figurar no rol de hipóteses de perda de mandato expressas no artigo 55 da Constituição. O fundamento principal da construção desse novo entendimento foi a nova

---

<sup>282</sup> Explica Gilmar Mendes que a realidade político partidária que se instalou no Brasil nos anos seguintes da paradigmática decisão de 1989 (Mandado de Segurança n. 20.927/DF) chamaram atenção para a necessidade de uma reforma política profunda no sistema partidário brasileiro. Tal constatação se fez presente no julgamento das ADI n. 1.351 e 1.354 (2007) onde foi discutida a constitucionalidade da chamada “cláusula de barreira” ou de “desempenho”. Nessa ocasião, o Ministro Gilmar Mendes deixou manifesta sua posição sobre a revisão do entendimento dominante sobre a fidelidade partidária. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação...* op. cit., p. 158.

<sup>283</sup> Nesse sentido, o Ministro César Asfor Rocha, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em resposta a consulta feita pelo Partido da Frente Liberal (PFL) em 2007. Afirmou o Ministro: “Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária. Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor”. Resolução n. 22.526, consulta n. 1.398, rel. Min. César Asfor Rocha, 27 de março de 2007, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/PFL.pdf>

<sup>284</sup> Refere-se aos Mandados de Segurança números 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF.

<sup>285</sup> “Se considerarmos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato”. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação...* op. cit., p. 160 e 161.

interpretação dada ao princípio da representação proporcional juntamente com o fato da filiação partidária ser condição de elegibilidade<sup>286</sup>.

Gilmar Mendes, ao explanar o tema das mutações, ressalta que há casos de mutações em face de alterações fáticas, jurídicas bem como em face de lacunas normativas. O autor considera que o referido caso se encontra dentre as hipóteses de mutação constitucional em face de alterações fáticas. Afirma este autor que foi através da observação da realidade partidária brasileira que se constatou a inadequação da interpretação que até então se tinha feito do princípio da fidelidade partidária<sup>287</sup>.

Contudo, as hipóteses de perda de mandato se encontram previstas na Constituição brasileira em seu artigo 55<sup>288</sup>. No rol expresso deste artigo não se faz menção a infidelidade ou a desfiliação partidária como hipótese de perda de mandato. Como bem lembrou o então Ministro Rezek, o constituinte teve suas razões para se omitir sobre a fidelidade partidária. Razões essas baseadas no contexto, nas circunstâncias e no momento histórico de 1988<sup>289</sup>.

Ao passo que a Constituição não incluiu a sanção de perda de mandato ao parlamentar que se desligasse do partido pelo qual foi eleito, homenageando a liberdade de associação

---

<sup>286</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

<sup>287</sup> “Aqui talvez se possa afirmar que a releitura da norma constitucional foi influenciada pela experiência negativa da continuada prática do transfuguismo, mediante negociações e barganhas políticas das mais diversas”. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação...* op. cit., p. 195.

<sup>288</sup> Artigo 55 da Constituição brasileira: “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

<sup>289</sup> “A Assembléia Constituinte de 1988, não se afastou do espírito que presidiu a elaboração da EC 25/85, adotada no ambiente da redemocratização, excluindo do rol do art. 55 da Carta Magna, que trata da perda de mandato de Deputado ou Senador, qualquer sanção por infidelidade partidária”. MS n. 26.602. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26602RL.pdf>

partidária<sup>290</sup>, a legislação infraconstitucional sinalizava caminho oposto, privilegiando o papel do partido político no processo de representação proporcional<sup>291</sup>.

Em seu voto no Mandado de Segurança n. 26.604/DF, a Ministra Cármen Lúcia do Amaral conclui que, se a opção foi por um sistema de representação proporcional, onde a opção do eleitor está restrita aos candidatos registrados pelos partidos políticos — e, portanto, seguidores de um programa partidário específico —, é porque o voto pertence ao partido político que possibilitou a candidatura ofertada<sup>292</sup>. Com razão, explica a Ministra que quando o eleitor vota em determinado candidato, pertencente a um partido político específico, ele espera que tal candidato, uma vez eleito, pautar sua atuação de acordo com o programa e com o ideário daquele partido. Uma atuação que se distancie disto se traduz numa ruptura da equação político-jurídica estabelecida.

O que se depreende dos votos que possibilitaram a mudança interpretativa do STF acerca da fidelidade partidária foi, sobretudo, o enaltecimento do papel e da função dos

---

<sup>290</sup> “Essa lição é perfeitamente aplicável ao sistema constitucional brasileiro, em que também se afirma o direito de todo e qualquer cidadão (titular de direitos políticos - cidadania) a se filiar e a se retirar de partido político, cuja natureza jurídica é a de uma associação civil (art. 17, § 2º, da CF), servindo de fundamento o disposto nos arts. 5º, XVII (liberdade de associação), e 17, *caput* (liberdade de fundação dos partidos políticos), da Carta de 1988”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. op. cit., p. 246, nota de rodapé.

<sup>291</sup> Além de plasmar constitucionalmente a filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, V, CF), mantendo a tradição constitucional brasileira em não se permitir a denominada candidatura avulsa, a saber, aquela que se põe pelo próprio interessado sem registro prévio por uma organização partidária, a legislação infraconstitucional, ou seja, o Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15.07.1965), também enfatiza a importância do partido político, disciplinando a representação proporcional nos artigos 105 a 113. Em tais dispositivos se enfatiza o modo como se determina o número e a forma dos eleitos a partir, sempre, do registro e da inscrição dos interessados em se candidatar pelas organizações partidárias. Tal contradição constitucional, que a despeito de não considerar a perda de mandato como consequência da infidelidade ou desligamento do partido, manteve o princípio da representação proporcional e o monopólio das candidaturas partidárias, já tinha sido atestada pelo Ministro Moreira Alves em 1989, no Mandado de Segurança n. 20. 927/DF. RAMOS, Elival da Silva. *Ibidem*, p. 252.

<sup>292</sup> “No sistema que acolhe, como se dá no Brasil, a representação proporcional para a eleição de deputados, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político e, portanto, seguidores do programa partidário de sua preferência. Daí se concluir ser o destinatário do voto o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida”. Trecho do voto da Ministra relatora Cármen Lúcia do Amaral no Mandado de Segurança 26.604/DF. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/fidelidade\\_carmem.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/fidelidade_carmem.pdf)

partidos políticos no sistema de eleição proporcional<sup>293</sup>. Sublinhando a importância do partido e consequentemente reduzindo o papel do candidato “avulso”<sup>294</sup>, foi-se construindo o pensamento de que o mandato não podia pertencer ao candidato. Em outras palavras: como pode o mandato ficar ao alvedrio do candidato se este mesmo só galgou esta posição em virtude de sua filiação a um determinado partido? Somado a isto, argumentou-se que no sistema de eleições proporcionais muitos candidatos só conseguem eleger-se pelos votos obtidos pela sua agremiação, pois sequer chegam a atingir o quociente eleitoral<sup>295</sup>.

De fato, se o candidato eleito muda de partido, este perde espaço e representatividade, ficando com a sua configuração congressual obtida nas urnas prejudicada<sup>296</sup>. Com efeito, a não colocação expressa da infidelidade partidária no rol constitucional das sanções de perda de mandato dar-nos a impressão de que o candidato é, de fato, “o dono” do mandato, já que ele pode mudar de partido e continuar a exercer seu mandato normalmente.

Certamente, não foi esta a situação que o constituinte de 1988 tencionou prestigiar ou estimular, muito menos foi este fundamento que o motivou a não inserir a infidelidade partidária como motivação de sanção.

Na construção de fundamentos para combater o panorama das modificações partidárias, e diante da impossibilidade de se recorrer ao texto constitucional referente as

---

<sup>293</sup> “O núcleo da fundamentação utilizada pela maioria para emprestar à desfiliação partidária efeitos diversos dos que até então eram reconhecidos pela própria Corte reside no princípio da representação proporcional, aplicado conjuntamente com a norma-princípio que assegura aos partidos o monopólio das candidaturas em eleições sob o sistema proporcional ou majoritário, seguindo-se, pois, o mesmo caminho exegético trilhado pela Justiça Eleitoral”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. op. cit., p. 247 e 248.

<sup>294</sup> Por vezes a palavra “avulso” foi utilizada nos votos para destacar o fato de que o candidato não pode se candidatar sem estar filiado a um partido político pelo período mínimo de um ano. Como já dito, a Constituição brasileira dispõe que a filiação partidária é condição de elegibilidade (artigo 14, § 3º, V, CF).

<sup>295</sup> MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação...* op. cit., p. 193.

<sup>296</sup> Esse foi o argumento dos partidos políticos impetrantes dos citados Mandados de Segurança. Segundo tal raciocínio, com o resultado das eleições o direito dos partidos àquele número de cadeiras torna-se líquido e certo. “Segundo o Impetrante, o ato tido como coator estaria a afrontar o seu direito, que ele pretende seja líquido e certo, de reaver as cadeiras de Deputado Federal, obtidas pelo partido no pleito de 2006, e que, por força da saída do eleito dos seus quadros, que se transferiu para outra agremiação após o início do mandato, teve diminuída a sua representatividade e alterada a sua situação congressual obtida nas urnas. Essa teria passado a se constituir direito próprio quando do resultado das eleições”. Mandado de Segurança 26.604 / DF. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/fidelidade\\_carmem.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/fidelidade_carmem.pdf)

sanções elencadas pelo constituinte, o STF construiu um pensamento baseado na importância do partido político para o sistema de eleição proporcional e para a vida política do candidato: primeiro, como condição para que possa ocorrer sua elegibilidade (princípio da filiação partidária, artigo 14 da CF), e segundo, destacou a importância do vínculo do candidato eleito com as diretrizes e programas do partido que possibilitou sua candidatura e eleição.

Entretanto, tal importância não é negada, muito menos foi desmerecida quando o constituinte optou pela não inclusão da infidelidade partidária no rol das sanções de perda de mandato. Como bem alertou o então Ministro Francisco Rezek, o constituinte não incluiu tal sanção com base na realidade fática preponderante em 1988, motivado pelo receio de que uma realidade não muito distante voltasse a acontecer, onde a dissolução de diversos partidos políticos implicaram na perda de mandato de vários políticos eleitos <sup>297</sup>.

O que o constituinte tencionou resguardar não incluindo a infidelidade como causa de perda de mandato, foi o fato de que a desfiliação do partido é ato compreendido na liberdade de associação partidária. É óbvio que o constituinte não quis proteger os casos em que o candidato é expulso do partido por atos de manifesta infidelidade, levando consigo o mandato e prejudicando a configuração congressual do partido. No entanto, foi a existência de situações onde a modificação partidária era motivada por barganhas políticas e negociações, que motivou a mudança de entendimento pelo STF, bem como a edição da Resolução n. 26.610 pelo TSE <sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> Refere-se ao Mandado de Segurança n. 20.927/DF julgado em 1989. O então Ministro se referia a ditadura militar no Brasil (1964 - 1985), onde, em 1965, foi editado o Ato Institucional nº 2, (AI-2), que, entre outras medidas, extinguiu partidos políticos, estabeleceu eleições indiretas para a presidência da República, bem como autorizou o Presidente da República a cassar o mandato de parlamentares e a suspender direitos políticos.

<sup>298</sup> “O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes: Art. 1º O partido político interessado pode pedir, perante a *Justiça Eleitoral*, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º Considera-se justa causa: I – *incorporação* ou fusão do partido; II – criação de novo partido; III – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV – grave discriminação pessoal.” Resolução n. 26. 610, de 25 de outubro de 2007, TSE. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df> Como bem observa Elival da Silva Ramos, “Não é preciso muito esforço para perceber que a Justiça Eleitoral, escorada no teor das decisões do Supremo de 4 de outubro de 2007, construiu inteiramente um instituto (a perda de mandato por desfiliação partidária), indo muito além da força prescritiva do princípio da representação partidária proporcional”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. op. cit., p. 254.

Não se nega a importância dos partidos políticos no sistema de eleição proporcional. Também não se nega, diante da realidade partidária brasileira, a necessidade de uma reforma política que tratasse da prática do transfuguismo de forma mais eficaz. No entanto, tais medidas devem ser implementadas através da via correta, ou seja, a através do Poder Constituinte derivado, de uma Reforma Constitucional<sup>299</sup>. Nesse sentido, a atuação do Supremo Tribunal Federal modificando seu entendimento com base na interpretação do princípio da representação proporcional, ignorando a ausência da sanção referida no rol das sanções dispostas pela Constituição seu no artigo 55, ultrapassou os limites de uma interpretação que tenta ser atual diante da nova conjuntura.

Gilmar Mendes reconhece que a mutação é um processo plural e complexo, onde há movimentação gradual e continua de forças sociais e jurídicas, e que clama a necessidade de uma nova leitura dos dispositivos constitucionais<sup>300</sup>. Assim, ele classificou o caso em questão como hipótese de mutação constitucional a partir de nova interpretação conferida pelo STF em razão de alteração nas circunstâncias fáticas. No entanto, como visto, não se tratou apenas da interpretação de uma norma principiológica, com o alargamento de hipóteses num âmbito normativo indeterminado. Tratou-se de construção de matéria já disciplinada pela Constituição, com fundamento em norma principiológica cuja interpretação não comporta tal criação<sup>301</sup>. Assim sendo, tal caso ultrapassou e muito, o conceito de mutação como sendo o alargamento do significado, do sentido ou do alcance de uma norma constitucional a despeito da permanência do seu texto.

---

<sup>299</sup> “A perda do mandato por desfiliação do partido de origem, mas também por expulsão em casos de infidelidade partidária, deve ser item obrigatório de uma agenda consiente de reforma política, mas não pode prescindir da intervenção do Poder Constituinte de revisão, a quem compete disciplinar as hipóteses perda de mandato, e do legislador ordinário, a quem cabe regular as competências decisórias e o provimento aplicável. O uso retórico de expressões como “o mandato pertence ao partido” não atenua a complexidade da matéria, necessitada de regulação envolvendo diversas decisões de conveniência e oportunidade político-institucional...” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. op. cit., p. 254 e 255.

<sup>300</sup> MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação...* op. cit., p. 208.

<sup>301</sup> “Mas que comando se pode extrair do tantas vezes invocado princípio da representação proporcional? Na verdade, o seu espaço de interpretação não comporta muito mais do que a diretriz de que, no preenchimento de cargos legislativos sujeitos a esse sistema eleitoral, deve-se observar a proporção entre o número desses cargos e a votação obtida pelas agremiações partidárias, na forma da legislação eleitoral”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. op. cit., p. 250.

Böckenförde explicitou, com muita clareza, a sutil diferença entre mutação constitucional e desenvolvimento judicial do direito constitucional, este último realizado pelos Tribunais Constitucionais e possibilitado por normas de estrutura indeterminada, como as principiológicas<sup>302</sup>. No caso em questão, sob o manto da interpretação do princípio da representação proporcional extraiu-se uma nova hipótese de sanção de perda de mandato. Mesmo que as hipóteses de perda de mandato não estivessem já disciplinadas constitucionalmente em rol taxativo, ainda assim, como afirmou Elival Silva Ramos, tal interpretação não consegue brotar do princípio da representação proporcional mandato<sup>303</sup>.

Como já foi dito, o processo de interpretação evolutiva envolve sim uma parcela de inovação, necessárias a atualização da norma. Tal dose de criatividade é solicitada pela conjuntura real e atual de aplicação da norma, e possibilitada pela hermenêutica jurídica, principalmente quando se estar a tratar de textos indeterminados e polissêmicos. Tal interpretação não prescinde do texto, sob pena de decisionismos, subjetivismos e inseguranças, ao revés, ao texto se deve vincular<sup>304</sup>. No entanto, tal vinculação deve atentar para o perigo de

---

<sup>302</sup> Explica Böckenförde que o “desarrollo jurídico del Derecho constitucional” feito pelo Tribunal Constitucional deriva da indeterminação de algumas normas constitucionais que obrigam o intérprete a passar de uma interpretação aplicadora para uma concretização um tanto quanto criativa. “El desarrollo jurídico del Derecho constitucional es la tarea de completar y perfeccionar el Derecho constitucional dado, diferenciándolo y enriqueciéndolo mediante una interpretación y una aplicación prácticas que obtengan reconocimiento”. Destaca o autor que tal fenômeno não se confunde com mutação. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. op. cit., p. 190 e 191.

<sup>303</sup> Em análise de outro caso de mutação constitucional julgado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, mas que poderia ser perfeitamente aplicável ao caso em análise, Blanco de Moraes concluiu que a decisão do STF “(...) conferiu a princípios jurídicos plásticos uma prevalência sobre uma regra constitucional inequivocamente portadora de um mandato de definição, solução que nem a constituição, nem os critérios dogmáticos das relações entre normas autorizam”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 520. Apud CASALI, Andréia Rodrigues Rodrigues. *A interpretação judicial criativa, o ativismo...* op. cit., p. 41. Tal conclusão também pode servir ao caso em questão. Já Elival Silva Ramos concluiu que os comandos extraídos pelo STF na interpretação do princípio da representação proporcional não condizem com os comandos que realmente se podem extrair de tal norma. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. op. cit., p. 250.

<sup>304</sup> Sobre a vinculação da interpretação ao texto afirma Böckenförde que nem todas as modificações que ocorrem na realidade correspondem a modificações no âmbito da norma, já que este último coexiste com o programa, e juntos compõem a estrutura da norma. “Además, el efecto ordenador de la norma no queda transformado por cualquier modificación de la realidad, sino solo por aquellos cambios que se producen en las circunstancias acogidas por el programa normativo, y para este el texto constitucional mantiene un significado constitutivo”. (grifo nosso) BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. op. cit., p. 195. Nesse sentido, quando ocorrem modificações no âmbito normativo, elas devem ocorrer no marco fixado pelo texto, muito embora este permaneça inalterado.



não se deixar envolver no extremo da valorização cega da forma, bem como, igualmente não deve cair na tentação de fazer caber no texto significados que lá não cabem.

Desta feita, o conceito amplamente difundido de mutação como o alargamento do sentido, do significado ou do alcance da norma sem a modificação de seu texto em nada se diferencia da interpretação evolutiva da norma, onde, igualmente, novos e atuais significados são atribuídos ao texto, que permanece intacto. Não existe um conceito unitário, unânime, muito menos confortável, e que consiga definir o fenômeno da mutação em toda sua complexidade. Se a sua definição for a de uma modificação que se dá através da interpretação dinâmica e atual e que respeita o programa da norma, não haveria maiores problemas em compreender e defender este fenômeno dentro da dogmática jurídica. Mas, conforme visto nos exemplos de mutação citados, não é este o tipo de situação que se designa como mutação constitucional<sup>305</sup>. De acordo com os exemplos citados, a mutação vai além de uma interpretação evolutiva, desrespeitando o programa da norma e ultrapassado a criação normativa aceitável por seu programa e ambiente.

Comparando os dois casos citados doutrinariamente como exemplos de mutação constitucional motivadas por mudanças fáticas que se impuseram através da interpretação judicial, percebe-se que o problema ultrapassa a seara da interpretação ajustada da norma. No caso LOAS, a *ratio* da norma, que era a aferição da situação real de miséria e o combate a essa situação, não seria alcançada. A situação fática imperante na aplicação da norma mudou de tal forma que o critério se tornou defasado, e insistir na aplicação daquele critério normativo tornava a norma ineficaz. Daí os inúmeros apelos ao Legislador. No segundo caso, o da perda de mandado por infidelidade partidária, o sentido (*ratio*) e a finalidade (*telos*) do artigo 55 da Constituição, a saber, impor sanções ao parlamentar que cometesse práticas

---

<sup>305</sup> Sobre a pluralidade de situações que o STF brasileiro conceitua como mutação constitucional interessante estudo de Clara Mota dos Santos. “O Supremo Tribunal Federal, por vezes, apõe este rótulo em situações de simples mudança jurisprudencial, noutras o emprega genericamente para tratar de alterações informais de sentido da Constituição. Não há uma conceituação fechada nem tampouco um posicionamento consistente por parte da Corte em relação ao seu papel no processo evolutivo constitucional. Se a constituição é o retrato da manifestação do poder constituinte originário de um determinado tempo, é natural que a constante necessidade de evolução ocasione uma tensão entre este pré-compromisso original e as novas aspirações sociais”. SANTOS, Clara Mota dos. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 148 e 149. 2013.

nefastas e incompatíveis com sua atuação como agente político, diante da ausência de tipificação da prática do transfuguismo, perderiam em efetividade e eficácia<sup>306</sup>. Em contrapartida, será que a demonstração de mudanças no ambiente normativo, que afetam drasticamente o conteúdo da norma se satisfaz com a referência à sua força normativa ou às necessidades vitais do Estado?<sup>307</sup>

### *3.3. A problemática fonte epistemológica da mutação constitucional por interpretação judicial: opção ou imposição do método?*

Diante do até então exposto, vislumbra-se que o problema da mutação constitucional por interpretação judicial é um problema que vai além do campo da interpretação e se mostra como um problema jurídico-epistemológico, ou seja, um problema de vigência em função da eficácia e do fundamento da norma<sup>308</sup>. Quando a realidade fática se mostra bastante diferente, surgem os problemas relativos a eficácia da norma, ou seja, relativos aos efeitos distintos ou inexistentes que ela não mais logra produzir diante dessa nova realidade, e sua análise

---

<sup>306</sup> Konrad Hesse já abordara tal temática quando observou que a pretensão de eficácia da norma está intimamente relacionada com as condições da realidade imperantes, analisando a efetividade normativa no contexto de uma realidade onde imperam tendências contraditórias. “Essa pretensão de eficácia (*Geltung anspruch*) não pode ser separada das condições históricas, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 258.

<sup>307</sup> Aqui refere-se a doutrina de Hsü Dau-Lin que considera a realidade vital do Estado como essência do fenômeno da mutação. “El fundamento último de la mutación constitucional, estriba, por de pronto, en la naturaleza del estado como realidad vital”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 161.

<sup>308</sup> No sentido atribuído por Miguel Reale. “Costumamos dizer que a Epistemologia Jurídica, ao estudar o Direito, considera, de maneira prevalecente, o problema da vigência, mas sempre em função da eficácia e do fundamento”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 2ª edição, Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 295.

perpassa, necessariamente, pelo estudo da vigência, da eficácia e, consequentemente, da força normativa<sup>309</sup>.

Considerar a mutação como um problema adstrito somente a seara da interpretação é preocupar-se tão somente em transpor limites a esse fenômeno. Com muito mais sagacidade observa Böckenförde que a questão é bem mais profunda, não sendo apenas uma questão de limites, mas de admissibilidade do fenômeno em si<sup>310</sup>. Preocupar-se com os limites e transpor os limites da interpretação para o fenômeno da mutação (como fez Hesse) é prático, mas deixa várias outras questões por resolver. Do mesmo modo, considerar o problema da mutação como um problema exclusivamente fático, de incongruência entre realidade e norma, como fizeram os clássicos estudos realizados por Laband e Jellinek, a despeito de ser bastante confortável, também é insatisfatório<sup>311</sup>.

Toda a discussão, atualmente, é atraída nem tanto pela existência, mas sim pela atuação do Tribunal Constitucional. A necessidade de uma nova interpretação da Constituição, que a atualize diante da nova realidade só valerá se houver a chancela de um Tribunal que a

---

<sup>309</sup> Jorge Miranda relaciona as modificações constitucionais não só com a questão da tensão com a realidade constitucional mas, também, com a necessidade de efetividade. Para este autor, as constituições se modificam para se adaptar às circunstâncias novas e a novos tempos, bem como para resolver problemas decorrentes de sua aplicação. “A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 169.

<sup>310</sup> “La pregunta con la que Böckenförde cierra su reflexión pone de manifiesto la que resulta ser su contribución más significativa a la teoría de la mutación constitucional. Si desde Hsü los autores han tratado de señalar los límites determinantes de que una mutación constitucional sea o no constitucionalmente admisible (presuponiendo, por tanto, la existencia de mutaciones constitucionales legítimas), Böckenförde rompe con esta orientación al plantear la cuestión, no ya de los límites, sino de la admisibilidad de la mutación constitucional en sí misma considerada, en lo que, a su juicio, radica el «auténtico problema» dogmático: «el de la admisión, y no sólo el de la mera limitación, de la modificación del contenido de las normas constitucionales sin que se reforme formalmente la Constitución»”. LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. op. cit., p. 137. As citações diretas que Rollnert Liern fez são da obra já citada de Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p.193, a qual também tivemos acesso.

<sup>311</sup> Sobre a insuficiência dos conceitos já elaborados, aponta Jose Juan Gonzalez Encinar que a insuficiência do conceito clássico, correspondente a contradição entre realidade constitucional e Constituição, recebeu críticas de Hesse, pois, por essa visão, a mudança se dava fora do conteúdo da norma, em planos distintos. Todavia, Gonzalez Encinar, que igualmente critica a visão clássica, também não concebe como inteiramente correto o caminho apontado por Hesse, já que para este último só há mutação quando a modificação se der no significado do conteúdo da norma, no seu ambiente normativo. GONZALEZ ENCINAR, Jose Juan. *La Constitución y su reforma*. op. cit., p. 373.

reconheça e confira juridicidade. Daí, como já falado, as análises se debruçarem sobre os métodos e modos como os Tribunais Constitucionais argumentam e fundamentam juridicamente decisões cada vez mais inovadoras — que mais se assemelham com legislação do que com interpretação, aplicação e atualização, — sem perder sua legitimidade.

Cumprе destacar, como bem observou Maurício Ramires, que a legitimidade se mostra de duas maneiras distintas, a saber, de forma abstrata e de forma concreta. A primeira está intimamente ligada ao convencimento da comunidade política de que a supremacia constitucional depende da garantia de um órgão judiciário. Já a segunda diz respeito a comprovação de que decisões contramajoritárias, emitidas em casos concretos específicos, correspondam a uma legítima expressão dessa garantia e não a um apoderamento das funções típicas de outro poder<sup>312</sup>.

Ensina Hesse que a constatação de que realidade e Constituição Jurídica se condicionam mutuamente necessariamente leva o estudioso e aplicador do Direito a se voltar para os limites e possibilidades de atuação dessa mesma Constituição, bem como para os pressupostos de sua eficácia<sup>313</sup>.

Hesse, mesmo combatendo a ideia de Constituição preconizada por Lassale, admite que os fatos concretos condicionam a eficácia da Constituição. Para este autor, a interpretação ideal seria aquela que consegue concretizar de forma excelente o sentido da norma diante das

---

<sup>312</sup> Para este autor “(...) nem sempre será tão fácil justificar um exercício específico de justiça contramajoritária. Distinguímos deste modo, o problema da legitimação abstrata e o da legitimação concreta da justiça constitucional: uma coisa é convencer a comunidade política, com base em argumentos como os expostos acima, de que supremacia constitucional depende da atuação de um órgão judicial capaz de garanti-la; outra, porém, é sustentar em um caso específico a razão de uma solução contramajoritária ser uma legítima expressão dessa garantia, e não uma usurpação de poder por parte de um pequeno grupo de juizes”. RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016, p. 289.

<sup>313</sup> Para Hesse uma compreensão adequada da força normativa da Constituição, a saber, da força ativa que o Texto Constitucional possui, da sua capacidade normalizante, não pode ignorar o condicionamento recíproco entre realidade político-social e Constituição ao revés, deve ter esta constatação como ponto de partida. Desta feita, consequentemente, o estudo se lança nas reais capacidades de realização da Constituição, a saber, na sua eficácia. “Uma tentativa de resposta deve ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Devem ser considerados, nesse contexto, os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica. Finalmente, hão de ser investigados os pressupostos de eficácia da Constituição”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 256. E-Books.

condições fáticas atuais de aplicação da mesma<sup>314</sup>. Desde modo, Hesse admite que as modificações fáticas são sim capazes de ocasionar mudanças na interpretação da Constituição. No entanto, o sentido da norma é que imporá limites em tais mudanças<sup>315</sup>. E, na medida em que o sentido de uma norma não mais possa ser realizado diante desse novo panorama, deve-se recorrer aos meios formais de reforma da Constituição. Em outras palavras, para Hesse, o sentido da norma não deve ser sacrificado diante da nova conjuntura, e, uma vez que diante da situação fática atual o sentido da norma não possa ser realizado, o caminho da reforma é inevitável<sup>316</sup>.

Desta feita, a finalidade e o sentido da norma são estáticos. Muito embora a norma necessite ser interpretada e este processo (interpretação) não seja estático, sua finalidade e sentido não são mutáveis, no sentido de não serem discricionariamente manipuláveis. Neste seguimento, é possível que haja um alargamento das hipóteses de incidência da norma, de seu âmbito normativo, desde que não se contradiga seu programa e sirva para concretizar ainda mais o sentido e a finalidade para qual a norma foi criada. Isto ainda é interpretação<sup>317</sup>. Como bem salientou Stern, as modificações ocorridas na norma só podem ocorrer na medida e no tom permitidos pelo seu sentido e finalidade. E a concretização da finalidade e do sentido da

---

<sup>314</sup> HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 272. E-Books

<sup>315</sup> “Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 272. E-Books

<sup>316</sup> “A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária *dentro desses limites*”. (grifo nosso). HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 272 e 273. E-Books

<sup>317</sup> “Dicho de otra manera, la interpretación es un mecanismo a través del cual se puede conseguir la dinámica de la Constitución, esto es, interpretarla de acuerdo con los hechos de una época. La interpretación busca darle eficacia a las disposiciones, pues éstas no se aplican por sí mismas, necesitan del proceso hermenéutico para ser realizadas. La interpretación vela por la existencia de la Constitución, pues la actualiza a las circunstancias socio-políticas del Estado y la comunidad, en un momento histórico determinado”. LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. op. cit., p. 112.

norma não se confundem com uma interpretação discricionária da mesma<sup>318</sup>. Assim, a interpretação pode ter a mudança como resultado, mas este não é o seu objetivo. Modificar a Constituição ou a norma constitucional em si não é a finalidade da interpretação que têm a mudança como resultado, mas sim complementar, aperfeiçoar e atualizar a Constituição. O mesmo já não se pode dizer da mutação constitucional por interpretação judicial que modifica a norma constitucional, fazendo nela caber um sentido e/ou uma finalidade que claramente não decorrem da interpretação teleológica da norma e muito menos se fazem caber na semântica de seu texto<sup>319</sup>.

Mais uma vez, como estratégia metodológica, se utilizará de exemplos extraídos da realidade jurisprudencial brasileira para uma melhor elucidação do acabado de afirmar.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ<sup>320</sup>, reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos legais exigidos para a configuração desse modelo de entidade familiar.

---

<sup>318</sup> “(...) la mutación de significado de un precepto sólo puede darse en el marco del sentido y finalidad de la norma: ambos son susceptibles de concreción, pero no discrecionalmente interpretables.” STERN (1987), p. 337. Apud LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación...op. cit.*, p. 134. Ressalta-se que Liern não informou em sua lista bibliográfica qual o nome, cidade e editora da obra de Stern, se limitou aos dados acima escritos (ano e página).

<sup>319</sup> “É possível, preliminarmente, falar em mutação constitucional informal por via da interpretação jurisprudencial quando as jurisdições constitucionais, com ou sem conexão com o direito constitucional positivo, revelam critérios materiais de decisão de natureza inovadora que não defluem “prima facie” da semântica do texto da Lei Fundamental e que implicam alterações constitutivas no ordenamento constitucional. Existem, todavia, operações interpretativas que evoluindo “paredes meias” em relação à mutação não constituem, em bom rigor, genuínas alterações tácitas da Constituição, na medida em que defluem do preceituado constitucional por via de extensão, de subsunção, de atualização teologicamente fundada, de concretização lógica e axiologicamente justificada ou de ponderação constitucionalmente orientada”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 250.

<sup>320</sup> A ADPF nº 132/RJ foi recebida como ADI e julgada em conjunto com a ADI nº 4.277/DF. “Em outras palavras, conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”. O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção”. Trecho do voto do Ministro relator Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

A união estável é disciplinada pelo § 3º do artigo 226 da Constituição brasileira <sup>321</sup> e pelo artigo 1.723 do Código Civil brasileiro <sup>322</sup> e ambos os dispositivos prescrevem que a entidade familiar designada como união estável é configurada entre o homem e a mulher. A interpretação literal e teleológica até então imperante era de que a dualidade dos termos homem e mulher referiam-se às relações heteroafetivas. Se assim não fosse, a saber, se a dualidade dos termos fosse apenas exemplificativa, não haveria a necessidade de duas ações postulando a extensão da aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas<sup>323</sup>.

Pois bem, a fundamentação que acolheu de forma procedente o pleito das referidas ações entendeu que a referência a dualidade dos termos homem e mulher descrita era apenas um sinal da influência da tradição socio-cultural-religiosa ocidental, segundo a qual o casamento civil sempre fora protagonizado por pessoas de sexos distintos, bem como uma oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas

---

<sup>321</sup> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (grifo nosso) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>322</sup> “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (grifo nosso) Código Civil brasileiro. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

<sup>323</sup> Esclarece-se que seguimos o entendimento adotado na ADI nº4.277/DF e na ADPF nº132-RJ no sentido de se utilizar os termos “homoafetivo” e “heteroafetivo” no lugar dos termos “homossexuais” e “heterossexuais”. Deste modo, o termo “homoafetivo” é utilizado para identificar as relações de afeto e solidariedade entre parceiros pertencentes ao mesmo sexo. “O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais”. (Homoafetividade: um novo substantivo).” Trecho do voto do Ministro relator Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

tipologias do gênero humano<sup>324</sup>. Em conjunto com tal pensamento, também foi ressaltada a ausência de vedação expressa na Constituição a respeito de como as pessoas devam usar o próprio sexo, sendo acentuado tal silêncio constitucional como intencional, nos moldes da norma geral negativa de Kelsen, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”<sup>325</sup>. Além do mais, ressaltou-se ainda que qualquer proibição têm como pressuposto a proteção do interesse de outrem, assim, não haveria razão para se negar proteção aos casais homoafetivos desde que estes preenchessem as condições legais igualmente impostas aos casais heteroafetivos<sup>326</sup>.

Diante de tais argumentos o STF entendeu ser possível a interpretação conforme à Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, no sentido de se eliminar qualquer entendimento que se opunha em reconhecer a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, designadamente união estável.

---

<sup>324</sup> “II.1. - que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata sequência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”. II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou sem papel passado ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Trecho do voto do Ministro relator Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> p. 652.

<sup>325</sup> “Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de direito de não ter dever)”. Trecho do voto do Ministro relator Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> p. 634.

<sup>326</sup> “Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham”. Trecho do voto do Ministro relator Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> p. 655.



Segundo Konrad Hesse, o princípio da interpretação conforme à Constituição implica em desaconselhar a nulidade de uma lei quando ainda se pode interpretá-la em consonância com a Constituição. Essa consonância não diz respeito apenas ao fato de a lei comportar uma interpretação compatível e harmônica com a Constituição, mas, também, se refere a determinação de conteúdos legais ambíguos com o auxílio do conteúdo constitucional<sup>327</sup>.

Como bem explana Jorge Miranda, a interpretação conforme com a Constituição mais que uma técnica de interpretação é um meio de fiscalização da constitucionalidade, justificada pelo princípio de economia do ordenamento ou do máximo aproveitamento dos atos jurídicos, e não uma simples presunção de constitucionalidade da norma<sup>328</sup>. Assim, continua Miranda, o fito desde método consiste em discernir um sentido que mesmo não aparente ou não decorrente de outros elementos interpretativos, seja possível e necessário por obra da força normativa da Constituição<sup>329</sup>.

Assim sendo, através da interpretação conforme à Constituição possibilita-se uma posição ativa e um bocado criadora do controle de constitucionalidade. No entanto, alerta

---

<sup>327</sup> “Assim, portanto, no âmbito da interpretação conforme, as normas constitucionais não são apenas “normas-parâmetro” (*Prüfungsnormen*) mas também normas de conteúdo (*Sachnormen*) na determinação do conteúdo das leis ordinárias”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 241. E-Books.

<sup>328</sup> No mesmo sentido, Garcia de Enterría. Explica o autor que a presunção de constitucionalidade associada ao princípio da interpretação conforme não significa a simples afirmação formal de que qualquer lei é válida e constitucional até que seja declarada inconstitucional. “(...) sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una Ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista duda razonable sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una Ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea razonablemente posible, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales”. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 96.

<sup>329</sup> Jorge Miranda ainda ressalta as diversas vias e resultados a que se pode chegar através do uso desse método. “E são diversas as vias que para tanto, se seguem e diversos os resultados a que se chega: desde a interpretação extensiva ou restritiva à redução (eliminado os elementos inconstitucionais do preceito ou do ato) e, porventura, à conversão (configurando o ato sob a veste de outro tipo constitucional)”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 330.

Hesse, que a interpretação conforme possui limites, a saber, ela não pode ignorar o texto e o sentido, bem como a finalidade legislativa<sup>330</sup>.

No mesmo sentido, Jorge Miranda descreve que a interpretação conforme não pode abandonar um requisito de razoabilidade, a saber, ter um mínimo de base na letra da lei. E continua, alertando que esse método de interpretação deve se deter em duas situações: primeiro, quando a lei ordinária ao ser interpretada conforme à Constituição fique privada de função útil e segundo, quando é indiscutível e incontroverso que o legislador ordinário escolheu critérios e soluções desconformes com os adotados pelo constituinte<sup>331</sup>. Nesses casos, a despeito de todos os esforços em manter a norma no ordenamento, em enxergar e interpretar a lei ordinária sob a ótica constitucional, em tais situações a declaração de inconstitucionalidade é um caminho um tanto quanto inevitável.

No caso em análise era incontestável a necessidade de regulamentação legislativa sobre a questão das uniões homoafetivas. Toda a argumentação levantada na decisão postulando eliminar afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual estão corretas. Isso não se questiona. O que se analisa aqui é a interpretação conforme com a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil. Como já dito, a interpretação conforme à Constituição é usada como forma de precisar conteúdos ambíguos, de modo que se tenta fazer comportar na lei ordinária uma interpretação compatível e harmónica com a Lei Maior. A interpretação literal, bem como a interpretação teleológica do artigo 1.723 do Código Civil não geravam dúvidas, elas geravam discriminação: sua proteção se voltava exclusivamente para o reconhecimento de entidade familiar heteroafetiva.

Situação distinta seria se o dispositivo em análise provocasse dúvidas acerca de sua extensão, se se referia somente as relações heteroafetivas ou se também incidia nas relações homoafetivas. Nesta situação, a interpretação conforme surgiria como um instrumento para excluir qualquer interpretação incompatível com a Constituição. Daí, como bem explica Jorge

---

<sup>330</sup> “No entanto, a interpretação conforme não é possível contra “texto e sentido” ou contra a “finalidade legislativa”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 241. E-Books.

<sup>331</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. op. cit., p. 331.

Miranda, na aplicação da interpretação conforme existir a necessidade do teor verbal da norma interpretada acolher em seu interior não somente a interpretação em descompasso com a Constituição, mas também uma outra interpretação que não a contradiga<sup>332</sup>.

Nesse sentido, a opção que restava ao STF, caso fosse considerado impossível de se interpretar o artigo 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição, era declarar o artigo em análise inconstitucional. Além da necessidade de o poder constituinte derivado reformar o § 3º do artigo 226 da Constituição, no sentido de lhe conferir uma melhor redação, substituindo as expressões “entre o homem e a mulher” por “entre duas pessoas”<sup>333</sup>.

Só a título de informação, ressalta-se brevemente, ainda em relação a redação do § 3º do artigo 226 da Constituição brasileira, que por conta de constar expressamente as expressões “entre o homem e a mulher”, o caso brasileiro se distancia do caso português. Em relação a essa mesma temática, o caso português conseguiu manter um mínimo de

---

<sup>332</sup> A este respeito cita autor alguns acórdãos do Tribunal Constitucional português como exemplo. “Conforme se lê em acórdão do Tribunal Constitucional, perante duas interpretações possíveis de uma norma legal — uma incompatível com a Constituição e outra que com ela se compatibiliza — o intérprete deve decidir-se por esta última. Questão é que o teor verbal da norma interpretada consinta não apenas o sentido desconforme com a Constituição como também outro que não a contrarie”. Acórdão n.º 364/94, de 4 de maio, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 160, de 13 de julho de 1994. Apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* op. cit., p. 331. E mais adiante cita outro acórdão: “Para se proceder à interpretação de determinado preceito legal em conformidade com a Constituição não é razoável que o Tribunal Constitucional se baste com o facto de essa ser uma interpretação possível da norma em causa (possível no sentido de ela caber na letra do preceito)”. Acórdão n.º 271/92, de 14 de julho, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 271, de 23 de novembro de 1992. Apud MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* op. cit., p. 332.

<sup>333</sup> Em relação ao §3º do artigo 226 da Constituição brasileira abre-se a questão sobre sua eventual inconstitucionalidade. O tema das normas constitucionais inconstitucionais no âmbito da Constituição formal é bastante complexo, não sendo aqui o espaço propício requerido pela profundidade do tema. Basta-nos aqui apontar que tal possibilidade é reconhecida por parte das doutrinas italiana, espanhola e grega. Nessa linha, Gerardo Morelli, explicitado por Jorge Miranda, afirma que se a Constituição é composta por normas, princípios e valores, é perfeitamente possível que determinadas normas constitucionais possam ir de encontro com os princípios e valores constitucionais. Afirma Jorge Miranda que em Portugal tal possibilidade foi aventada por Rogério Soares e Vital Moreira, mas que foi “(...) sobretudo após a entrada em vigor da Constituição de 1976 e sobretudo à face do seu art. 309.º (depois 294.º, depois 292.º) e da Lei n.º 8/75, de 25 de julho, que o problema foi colocado. E esse preceito e essa lei foram contestados por inconstitucionalidade, por se afastarem dos princípios e valores de uma verdadeira ordem constitucional”. Já acerca de sua opinião pessoal, Jorge Miranda, a despeito de aceitar limites transcendentais, a saber, em aceitar uma axiologia transpositiva que não se encontra disponível ao positivo constitucional, não nomeia qualquer contradição a essa axiologia de inconstitucionalidade. “Precisamente, por estarem em causa limites transcendentais, declarados e não constituídos, no extremo poderá haver invalidade ou ilegitimidade da Constituição. O que não poderá haver será a inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra suas próprias normas”. MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 19 e ss.

correspondência com enunciado textual, já que o n.º1 do artigo 36.º da Constituição portuguesa não faz referência aos gêneros<sup>334</sup>.

No entanto, como observa Garcia de Enterría, a lacuna gerada pela declaração de nulidade de uma lei, em determinados contextos políticos-sociais, não gera apenas um ambiente jurídico desconfortável, mas sim uma enorme situação de insegurança jurídica, ou, mais grave, uma situação de maior inconstitucionalidade. Segundo o autor, o legislador não dispõe de agilidade suficiente para sanar todas as lacunas de forma imediata, o que pode gerar situações de enorme confusão jurídica tanto para a sociedade como para os poderes públicos<sup>335</sup>.

A Constituição brasileira disciplina, em seu artigo 60, que as propostas de emenda só serão aprovadas quando, após discussão e votação em cada casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos, obtiverem três quintos dos votos dos respectivos membros<sup>336</sup>.

---

<sup>334</sup> Em relação ao caso português Joaquim de Sousa Ribeiro. “Mutações que, atenta a exigência de um “mínimo de correspondência” entre o sentido da norma e o seu enunciado textual, foi facilitada pelo facto de o n.º1 do artigo 36.º, contrariamente à maioria das normas suas congêneres, não fazer referência ao género dos titulares do direito, atribuindo-o a “todos”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Mutações constitucionais: um conceito vazio?* In: AA.VV. ANTUNES, Maria João e CAVALEIRA, Marta (org.). *Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício*. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 606.

<sup>335</sup> “El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación, que no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la Ley anterior a que sustituyó la anulada (cfr., art. 2, 2 CC), y la lacuna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una «situación de mayor inconstitucionalidad» en la solución práctica de los problemas que la Ley anulada regulaba”. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 96.

<sup>336</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Caracteriza-se o Congresso Nacional brasileiro por ser composto por bancadas bastante diversas que reúnem parlamentares que comungam os mesmos interesses<sup>337</sup>. Desta feita, existem bancadas bastante expressivas, como a bancada evangélica, que declaradamente se opõem as demandas relacionadas a homoafetividade.

Certamente, todo este contexto político e social influenciou de forma determinante no resultado da decisão do Supremo Tribunal Federal. Muito provavelmente o STF ciente da necessidade do reconhecimento jurídico das uniões estáveis homoafetivas e sabendo que tal solução não viria da reforma do §3º do artigo 226 da Constituição, bem como da regulamentação do Código Civil, diante de bancadas expressivas que se opõem a agendas desta natureza, sentiu-se compelido a estender a regulamentação da união estável aos casais homoafetivos pela via interpretativa<sup>338</sup>.

Só a título de ilustração, para se ter ideia da dimensão social que as relações homoafetivas já tinham à época do julgamento das ações em apreço, foram autorizadas os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 *amici curiae*, que, em sua maioria, ingressaram para endossar a tese do autor. No voto do Ministro Luiz Fux foi ressaltada que as relações homoafetivas já existiam e já geravam efeitos jurídicos relevantes na sociedade

---

<sup>337</sup> Tal característica se faz presente de forma latente na Câmara dos Deputados. “Além dos ruralistas, que contam com 207 deputados, mapeamos outras gigantes da Câmara: a evangélica (197), a empresarial (208), a das empreiteiras e construtoras (226) e a dos parentes (238), o maior agrupamento da Casa – confirmando a tendência de aumento do número de deputados com familiares políticos, como a Pública mostrou recentemente. Adicionamos ainda as bancadas da mineração e da bola, respectivamente com 23 e 14 deputados federais. Também pequenas mas igualmente fortes, pelo teor dos conteúdos que defendem, mapeamos a composição das bancadas da bala (35), dos direitos humanos (23) e da saúde (21)”. Dados colhidos da matéria publicada na Revista Exame. Acesso em 12/03/2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/biblia-boi-e-bala-um-raio-x-das-bancadas-da-camara/>

<sup>338</sup> “De tudo que se disse, é possível concluir que o Judiciário se expande, sobretudo, nas situações em que o Legislativo não pode, não quer ou não consegue atuar. Aqui se chega ao ponto crucial: o problema brasileiro atual não é o excesso de judicialização, mas escassez de boa política. Nesse cenário, imaginar que a solução esteja em restringir o papel do Judiciário é assustar-se com a assombração errada. O que o país precisa é restaurar a dignidade da política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo. É hora de diminuir o peso do dinheiro, dar autenticidade aos partidos e atrair votações. Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais”. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática de jurisdição constitucional no Brasil*. — 4. reimpressão. — Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 42.

brasileira, clamando a real necessidade de regulamentação de tais relações pelo Direito<sup>339</sup>. O Ministro ainda citou os dados do Censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), onde, em 2010 — a ação foi julgada em 2011 — já havia mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil<sup>340</sup>. Ressaltou, com inteira razão, que o intencional silêncio do legislador quanto a questão das relações homoafetivas revelava uma injusta e infeliz reprovação moral de tais relações<sup>341</sup>.

Tal postura legislativa faz por em cheque, mais ainda, o já ultrapassado mito jacobino de que a democracia é sinónimo tão somente de uma Assembleia Popular representativa da

---

<sup>339</sup> Em relação aos efeitos jurídicos e sociais relevantes, cita-se que um dos pleitos da ADPF nº 132-RJ era extensão da aplicação do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro às uniões homoafetivas. “Subsidiariamente, para a hipótese de não cabimento desta ADPF, o autor pugna pelo seu recebimento como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de modo a imprimir interpretação “conforme a Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1.723 do Código Civil. Interpretação que, da mesma forma, resulte na não-proibição do regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo. Trecho do relatório do voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<sup>340</sup> “Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos *amici curiae*, é a seguinte: a homossexualidade é um fato da vida.” E continua: “A quarta das premissas: os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE (disponíveis em <<http://www.ibge.gov.br>>; consulta em 30.04.2011), atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país”. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

<sup>341</sup> “De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação. Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia”. Trecho do voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Mais do que isso, Luís Roberto Barroso ao enumerar as causas de expansão do Poder Judiciário cita “(...) uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais”. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática de jurisdição constitucional no Brasil*. — 4. reimpressão. — Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 39.

vontade geral<sup>342</sup>. Mais do que isso, democracia se faz com a proteção dos direitos fundamentais das maiorias e das minorias. Desta feita, a postura omissiva do Legislador brasileiro no que diz respeito as relações homoafetivas transparecia uma forma de manipulação para impor determinados objetivos ideológicos, utilizando-se, para tanto, das capacidades do Estado<sup>343</sup>.

Em casos como este ora aqui analisado, a afirmação de *usurpação* política pelo Poder Judiciário — que fere o Princípio da Separação dos Poderes e a democracia — não deve subsistir<sup>344</sup>. E com isso não se quer negar que não houve uma decisão jurídica de conteúdo político inovador. Houve inovação de conteúdo político sim, mas a intenção do Supremo Tribunal Federal foi, como afirma Garcia de Enterría, correspondente a uma de suas funções básicas como Tribunal Constitucional, a saber, manter aberto o sistema e possibilitar o acesso das minorias frente a qualquer intento de dominação e opressão por parte de maiorias

---

<sup>342</sup> Nesse sentido, Garcia de Enterría. “El argumento jacobino, que finge escándalo ante la posibilidad de una decisión judicial sobreponiéndose a un voto mayoritario de la Asamblea, representante de la voluntad general, es no sólo claramente sofisticado, sino negador del concepto mismo de Constitución”. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 189. Já Jorge Miranda acentua: “A democracia em que nos situamos é a do Estado democrático de Direito da Constituição alemã de 1949, da portuguesa de 1976, da brasileira de 1988. Não se confunde nem com a democracia ateniense, nem com a dos jacobinos, nem com a dos leninistas”. MIRANDA, Jorge. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Separata de: Arguição da Tese de Doutorado do Mestre Maurício Ramires, volume LV, número 1 e 2, 2014, p. 372.

<sup>343</sup> Julio Alvar Téllez explana que Sánchez Agesta, em sua obra *Principios de Teoría Política* (1970), considera caber dentro do conceito de *falseamento* constitucional elaborado por Hauriou (*Principios de Derecho público y constitucional*, 1927), o estabelecimento de uma Constituição incapaz de disciplinar a sociedade para qual ela se volta. E que tal situação leva a *fraude* constitucional, a saber, a manipulação das normas para se alcançar determinados objetivos ideológicos ou de destruição. “En un sentido más sustantivo, SÁNCHEZ AGESTA considera que cabe dentro del *falseamento* constitucional el establecimiento de una Constitución cuyo contenido es inepto para articular una sociedad. Lo que muchas veces lleva al *fraude* constitucional, pues permite manipular las normas para obtener determinados objetivos ideológicos o de destrucción, utilizando para ello la capacidad del Estado”. TÉLLEZ, Julio Alvar. *Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la moderna política*. In: AYUSO, Miguel (editor). *El problema del Poder Constituyente*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 94.

<sup>344</sup> “Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador. A despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação de Poderes, trata-se de uma inevitabilidade, a ser debitada à complexidade e ao pluralismo da vida contemporânea. Foi o que ocorreu no exemplo das uniões homoafetivas, referido acima. Diante da ausência de norma disciplinando a questão, o Supremo Tribunal Federal precisou criar uma. Evidentemente, como é próprio, não se trata do exercício de voluntarismo judicial, mas, sim, de extrair do sistema constitucional e legal a melhor solução”. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática de jurisdição constitucional no Brasil*. — 4. reimpressão. — Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 41.

ocasionais<sup>345</sup>. Deste modo, o compromisso do Tribunal Constitucional com o Estado democrático de Direito é consubstancial a sua própria estrutura e razão de ser.

Em relação a Separação dos Poderes é sabido, desde as explicações de Carl Schmitt, que a despeito do nome separação, a diferenciação feita não se deu com o intuito de desmembrar, mas de equilibrar o desempenho das funções estatais. De outro modo, se a separação fosse com vistas a dissociação dos Poderes, haveria uma pluralidade de atividades estatais isoladas e sem conexão alguma<sup>346</sup>.

Ademais disso, um dos argumentos que justificam a postura contramajoritária do Tribunal Constitucional é sua função de proteção, que lhe possibilita anular atos legislativos quando estes configuram-se como atentatórios das liberdades constitucionalmente garantidas. Tal possibilidade é apontada por Garcia de Enterría como o único instrumento eficaz no combate contra tais atos que conspirem contra a liberdade<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> “La objeción tónica de que se trataría de una utópica sustitución de la política por el Derecho carece de toda consistencia. No es cierto que la justicia constitucional intente eliminar a la política para ponerse en su lugar. Por el contrario, como mas adelante hemos de ver, una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías frente a cualquier intento de cierre o congelación de la dominación existente por parte de las mayorías más o menos ocasionales, lo cual es por de pronto también un hecho de experiencia fácilmente comprobable. Y se comprende fácilmente que *esta apertura del sistema sea precisamente más posible cuando la asegura un Tribunal Constitucional como intérprete de una Constitución democrática que no cuando queda confiada a la buena voluntad del partido en el poder en cada momento*”. (grifo nosso) ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 188 e 189.

<sup>346</sup> Ensina Carl Schmitt que o Princípio da Separação dos Poderes foi inicialmente concebido como forma de assegurar a moderação e a controlabilidade de todos os órgãos de poder do Estado. “Con la diferenciación de varios «poderes» se anuda el ulterior pensamiento orgánico de introducir más amplias divisiones en el seno de los campos así diferenciados de la actividad del Estado para alcanzar en alto grado de controles y frenos (checks and controls). La diferenciación no sirve sólo a la separación, porque entonces surgiría una pluralidad de actividades estatales aisladas, sin conexión ninguna, sino que tiene el fin de producir un equilibrio”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción : Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 187 e 188.

<sup>347</sup> “La libertad y los derechos fundamentales intentan definir un límite al poder, por de pronto, y en este sentido consagran un verdadero *ius resistendi*. Si la Constitución los consagra, es obvio que una mayoría parlamentaria ocasional que los desconozca o los infrinja, lejos de estar legitimada para ello por el argumento mayoritario, estará revelando su abuso de poder, su posible intento de postración o de exclusión de la minoría. La función protectora del Tribunal Constitucional frente a este abuso, anulando los actos legislativos atentatorios de la libertad de todos o de algunos ciudadanos, *es lo único instrumento eficaz frente a ese atentado; no hay alternativa posible si se pretende una garantía efectiva de la libertad, que haga de ella algo más que simple retórica del documento constitucional*”. (grifo nosso). ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 190.



Ora bem, no caso das uniões homoafetivas em análise, nem *a garantia mais eficaz*, a saber, declarar o artigo 1.723 do Código Civil inconstitucional seria, de fato, a solução mais eficaz. Como já sinalizado, a postura de parte dos parlamentares brasileiros era a de condenação e reprovação moral daqueles que se identificavam como homoafetivos, de forma que a lacuna gerada poderia ocasionar uma “situação de maior inconstitucionalidade”<sup>348</sup>.

Como bem salienta Hesse, mesmo com a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Tribunal Constitucional, ainda assim, a função de conformação legislativa daquele conteúdo pertence ao legislador, volta para ele<sup>349</sup>. Só que Hesse igualmente chama a atenção para o fato de que, em contextos sociais e políticos polarizados, onde existe a dificuldade em aprovar reformas sobre temas polêmicos, a existência da mutação não se fará distante<sup>350</sup>. Contextos assim expõem com mais força não só o papel contramajoritário, mas o papel representativo do Tribunal Constitucional<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> A expressão *situação de maior inconstitucionalidade* já foi citada e refere-se a citação feita pelo Tribunal Constitucional italiano, citada por Garcia de Enterría. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. op. cit., p. 96.

<sup>349</sup> “No entanto, a primazia do legislador democrático se produz à custa de uma alteração do significado do conteúdo da lei por parte do tribunal constitucional; primazia que pode resultar anulada quando o preço é excessivamente alto, quando o conteúdo que, através da interpretação conforme, o tribunal confere à lei encerra não um *minus*, e sim um *aliud* em face do conteúdo original da lei. Neste caso, o tribunal interfere nas competências do legislador com mais intensidade do que na hipótese de uma declaração de nulidade, porque é ele mesmo quem conforma positivamente, enquanto no caso da declaração de nulidade a nova conformação continua sendo assunto do legislador. Quanto mais corrija o legislador tanto mais o tribunal se aproximará dos limites jurídico-funcionais da interpretação conforme, os quais, além disso, são difíceis de se precisar com absoluta nitidez”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 243 e 244.

<sup>350</sup> “Se, no contexto de uma polarização mais acentuada entre maioria governamental e oposição, não se alcança uma maioria qualificada para reformas constitucionais polêmicas, o recurso à afirmação de uma mutação constitucional não ficará distante”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. op. cit., p. 299.

<sup>351</sup> Segundo Luís Roberto Barroso tal papel corresponde “(...) como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015, p. 1.880. E-Books. Ademais, em casos assim se vislumbra o papel do Poder Judiciário em injetar valores constitucionais na cultura política e social de um país. “Há, na democracia, um espaço legítimo para que o Tribunal pratique uma espécie de “pedagogia constitucional”, auxiliando a disseminar pela sociedade, por meio da autoridade da sua argumentação, o discurso constitucional voltado pra os direitos fundamentais. Certamente, *Brown v. Board of Education*, nos Estados Unidos, ao invalidar a discriminação racial nas escolas públicas, teve um efeito cultural político importante, sensibilizando a sociedade em relação a um tema candente da justiça e estimulando a mobilização social em favor de uma agenda transformadora. Papel similar poderá ter, no Brasil, a memorável decisão do STF no julgamento sobre união homoafetiva”. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 284.

Nessa linha, a representação do Tribunal Constitucional se daria de forma argumentativa. Como explanado por Robert Alexy, tal papel se mostra com mais evidência quando se trata da interpretação de direitos fundamentais e nos perigos de supressão de tais direitos pela maioria representada legislativamente<sup>352</sup>.

O caso em análise também leva a refletir sobre os limites da representação democrática. Böckenförde aponta que a representação democrática é revestida de uma dimensão material, e não se reduz apenas a faceta formal referente a autorização popular deferida aos órgãos representativos. Mais que isso, explana este autor que a representação democrática possui uma dimensão material que significa que as ações dos órgãos de direção, legitimadas e autorizadas pelo povo, devem refletir e atualizar a vontade desde mesmo povo<sup>353</sup>. Desta forma, a representação democrática se mostra, se configura e se realiza como um processo e não como algo dado, pronto e acabado em um único momento de autorização popular. Assim, a própria existência e razão de ser da representação democrática dependem

---

<sup>352</sup> Robert Alexy parte de uma concepção de democracia que vai além de um modelo puramente decisionista, a saber, de um procedimento de decisão centrado nos conceitos de eleição e de regra da maioria. Para este autor, o conceito de democracia engloba, também, a ideia de argumentação. ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In: *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 163. Assim, para Alexy “A chave para a solução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: “Todo poder estatal provem do povo” exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa do cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiros e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos”. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. In: *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53 e 54.

<sup>353</sup> “Conforme a esta idea, la representación consiste en que, y está dada cuando, la acción de los órganos de dirección se configura de tal forma que los individuos y los ciudadanos en su conjunto (el pueblo) pueden reconocerse en esa acción, tanto en sus diferentes concepciones como en aquello que quieren y que mantienen como correcto en común. Incluye también el que los individuos — en cuanto representados, y no en un sentido meramente formal — consideren que sus representantes tratan y resuelven todas las cuestiones que afectan a su convivencia, y, ciertamente lo hacen de un modo que, con independencia de las diferencias de opinión y de concepción, permite y hace surgir una identificación con esta forma de tratar y decidir tales cuestiones”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia...* op. cit., p. 146.

deste processo e da ação dos representantes<sup>354</sup>. É a faceta material da representação democrática que impede que a democracia se converta em um domínio individual ou de grupos específicos. A representação formal constitui o domínio, mas é a representação material que limita e condiciona esse domínio a refletir a vontade popular<sup>355</sup>. Desta feita, é a representação material que aproxima o ideal majoritário do ideal democrático<sup>356</sup>.

Por último, importa destacar que a Constituição possui uma identidade substantiva, uma ideia de Direito, ou, nas palavras de Hesse, uma “vontade de Constituição”, que submete e vincula os órgãos legisladores, judiciários, bem como todos os cidadãos. Essa é a vontade que deve ser perseguida e implementada. Desse modo, o conteúdo político inovador fruto de uma decisão judicial só se justifica, num Estado democrático de Direito, quando significar concretização da “vontade de Constituição”. Do mesmo modo que nenhuma “vontade particular dos juízes”<sup>357</sup> pode prevalecer sobre a “vontade de Constituição”<sup>358</sup>, nenhuma

---

<sup>354</sup> “La representación en este sentido material es un proceso, o más exactamente, un proceso político-espiritual; no se da simplemente como reflejo o manifestación de un ser que existe por sí mismo, aunque sea invisible, sino que puede surgir, puede descomponerse o incluso desaparecer. Desde un punto de vista jurídico y con medios jurídicos se lo puede hacer posible, pero lo que no se puede es garantizarlo: tiene que cobrar forma en y a partir de la acción de los representantes”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia...* op. cit., p. 146.

<sup>355</sup> “En este sentido, también en la democracia y a través de la representación (formal) se constituye un dominio, pero la representación (material) sirve para limitar y vincular ese dominio a los contenidos de la voluntad del pueblo. Toda democracia se encuentra abocada en este proceso de mediación, ya que no es realizable como democracia directa o de la identidad”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia...* op. cit., p. 147.

<sup>356</sup> “Portanto, a justiça constitucional não é um obstáculo à democracia, mas uma condição de continuidade do exercício da democracia. Dworkin observa que a democracia significa o governo sujeito a condições, que garantem o status de igualdade a todos os cidadãos: quando instituições majoritárias não respeitam as condições democráticas, não pode haver objeção, em nome da democracia, a procedimentos que as protejam e respeitem melhor”. RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016, p. 287 e 288.

<sup>357</sup> Segundo Maurício Ramires esta é delicada situação que Grimm denominou de risco democrático e que Gilmar Mendes nomeou de ambivalência democrática. “Ao mesmo tempo em que a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema democrático, ela pode também bloquear o desenvolvimento constitucional do país, à medida que se torne um mecanismo de imposição da vontade particular dos juízes em detrimento do processo decisório levado a cabo por um órgão com legitimação representativa. Estabelece-se, assim, um “equilíbrio instável”, que constitui “o autêntico problema da jurisdição constitucional na democracia”. RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. op. cit., p. 288 e 289.

<sup>358</sup> “Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa”. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional...* op. cit., p. 280.

postura ou “vontade legislativa” maquiada de “vontade da maioria”<sup>359</sup> pode prevalecer sobre essa mesma vontade, a soberana “vontade de Constituição”.

É óbvio que diante de tudo o que agora foi dito não se descuida dos riscos em se considerar o Poder Judiciário, para se utilizar das palavras da jurista alemã Ingeborg Maus, o “superego” da sociedade<sup>360</sup>. Não é isso que se pretende defender.

Com bastante razão a autora denuncia o perigo do Poder Judiciário se tornar uma instância imune a qualquer tipo controle, controle este que deve acompanhar qualquer instituição estatal onde impera um regime democrático<sup>361</sup>.

No entanto, em se tratando da realidade brasileira, inteira razão damos a doutrina de Lenio Streck. Com muita propriedade assevera este autor que em países de modernidade tardia, como o Brasil, diante de determinadas posturas dos Poderes Legislativo e Executivo, não se pode abrir mão da intervenção da Justiça Constitucional. Streck é bastante ciente dos riscos que o intervencionismo traz, no entanto, em contextos como o brasileiro, tal risco tem que ser suportado<sup>362</sup>. Por este motivo, Streck, diante de tais condições específicas, propõe uma teoria

---

<sup>359</sup> No sentido de uma representação democrática apenas em sentido formal.

<sup>360</sup> Refere-se ao artigo *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”*. Nesse escrito, e diante da atual configuração do Estado Constitucional, a autora analisa o significado do controle normativo judicial como contributivo para a perda de racionalidade. Denuncia a autora a leitura moral da Constituição feita por alguns Tribunais, que, na sua opinião, camufla moralmente um decisionismo judicial. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”*. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP N.º 58, novembro 2000 pp. 183-202.

<sup>361</sup> “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social”. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”*. op. cit., p. 187.

<sup>362</sup> “É evidente, então, que a defesa de certo grau de intervencionismo da justiça constitucional — que tenho sustentado no decorrer desta obra sem a menor ilusão de que existam apenas “bons ativismos e bons ativistas” (*sic*) — implica o risco, e esta aguda crítica é feita por Bercovici, de o STF decidir “contra a Constituição”, considerando-se “o dono da Constituição, interpretando-a em desacordo com seus princípios fundamentais”, usurpando, assim, “poderes constituintes”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

da decisão como forma de controle do judiciário, bem como de amenizar os riscos que a democracia eventualmente possa sofrer<sup>363</sup>.

### *3.4 Mutação constitucional por interpretação judicial, força normativa da Constituição e Democracia: uma delicada relação*

Diante do até aqui percorrido, e dos exemplos de mutação constitucional por interpretação judicial vistos, percebe-se que a mutação constitucional extrapola os limites da interpretação evolutiva e atribui um significado novo à norma constitucional, ultrapassando ou ignorando os limites impostos por seu programa e âmbito, chegando, em alguns casos, a se contrapor a estes<sup>364</sup>.

Como já dito, é perfeitamente possível que haja um alargamento do raio de incidência da norma, desde que as novas hipóteses não confrontem frontalmente com o programa e não sirvam à desvirtuação do sentido e da finalidade para os quais norma foi criada<sup>365</sup>. É neste sentido que os impactos tecnológicos e as mudanças advindas com o progresso científico, a despeito de modificarem e alargarem o sentido de algumas normas, não provocam nas

---

<sup>363</sup> “Daí crescer em importância a necessidade de uma teoria da decisão judicial. Democracia, neste caso, quer dizer controle das decisões. Democracia quer dizer *accountability*. E isso implica a presença de uma doutrina que doutrine. E que produza “constrangimentos epistemológicos”, para “censurar” as decisões do Judiciário que sejam feitas por políticas e não por princípios. Eis o ponto fulcral do problema: sem o efetivo controle das decisões, o risco de o Poder Judiciário solapar o sentido da Constituição (de forma omissiva ou comissiva) efetivamente é considerável. Ou seja, trata-se de um risco semelhante ao do Poder Executivo em não efetivar os direitos constitucionais”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

<sup>364</sup> “Mas uma coisa é uma mudança de sentido ainda reconduzível a um processo de “internalização” no âmbito de uma dada estrutura normativa de uma realidade mutante, outra, bem diferente, é a direta atribuição de força normativa à realidade, contrastante (e superadora) da que emana dos enunciados constitucionais. Neste segundo caso, estamos perante “desenvolvimentos que se processam de forma exógena à norma” (*normexogenen sich vollziehender Entwicklungen*), ao passo que o processo referido em primeiro lugar é “de natureza normativo-endogenética” (*normendogener Natur*). Os limites deste último processo traçam simultaneamente os limites de uma mutação constitucional admissível”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Mutações constitucionais: um conceito vazio?* In: AA.VV. ANTUNES, Maria João e CAVALEIRA, Marta (org.). *Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício*. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 603.

<sup>365</sup> “De facto, as mutações originadas por mudanças no âmbito normativo não ficam à margem da controvérsia quanto à diferenciação entre interpretação e mutação constitucional. Pode bem sustentar-se que as soluções extensivas de um dado programa normativo a novas conformações da realidade abarcada pela regulação são ainda alcançáveis por via interpretativa, com recurso a todos os meios de interpretação acreditados”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Mutações constitucionais: um conceito vazio?* In: AA.VV. ANTUNES, Maria João e CAVALEIRA, Marta (org.). *Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício*. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 611.

mesmas uma mutação<sup>366</sup>. Igualmente diferente do fenômeno da mutação é a prevalência de um novo significado dentre os vários significados possíveis que uma norma com programa indeterminado possa admitir<sup>367</sup>.

Em outros casos exemplificados como hipóteses de mutação, a situação ainda mostrou-se mais complexa. Ademais de extrapolar os limites da interpretação, colidindo frontalmente com o programa, houve casos onde ignorou-se a existência de norma constitucional específica sobre determinado assunto e, através da manipulação de normas princiológicas, impôs-se normatização sobre tema já disciplinado constitucionalmente de forma clara<sup>368</sup>.

Quando mutações desse calibre ocorrem, o recurso ao argumento sobre o contexto, às profundas mudanças sociais e aos dados da realidade é bastante evidente. Daí já se ter evidenciado na presente pesquisa, a extrema relevância que o elemento fático desempenha nesse processo. Bem como, como muitas vezes, as mudanças nas práticas sociais *justificam* mutações constitucionais desse calibre.

Alguns casos guardam a semelhança de situações fáticas bastante delicadas, onde a mutação constitucional foi bastante influenciada, senão provocada ou imposta pelos dados da

---

<sup>366</sup> Muito se distancia da mutação as hipóteses em que se atribui um novo significado à norma motivados por uma nova conjuntura, como por exemplo, diante do progresso científico-tecnológico, com o intuito de concretizar ainda mais o sentido da norma. Nesse sentido, a noção de “*free speech*”, “(...) que não se reporta apenas à expressão oral mas envolve também a expressão escrita, a expressão gestual e a que se encontra inscrita em imagens, *posters* e panfletos”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 251. Outro exemplo no mesmo sentido, evidenciado por Böckenförde e já citado nesta pesquisa, é o significado que a expressão radiodifusão sofreu com o desenvolvimento tecnológico. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. op. cit., p. 186. Também nesse mesmo seguimento, as mudanças sofridas pelo conceito de direito de propriedade, citado por Forsthoff. Num primeiro momento tal direito referia-se apenas à propriedade de coisas móveis e imóveis para, com o progresso das relações, se referir também aos títulos de créditos. FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación*. op. cit., p. 369.

<sup>367</sup> No sentido já explicado por Böckenförde. “No se puede hablar tampoco de cambio constitucional cuando se produce cambios al aplicar los conceptos constitucionales indeterminados que forman parte de una norma constitucional”. E mais adiante complementa que essa densificação de normas indeterminadas poderá levar sim a diferentes direções, mas tal tarefa “(...) estará siempre cubierta por la norma constitucional”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. op. cit., p. 188.

<sup>368</sup> Refere-se aqui ao caso brasileiro da perda de mandato por infidelidade partidária, hipótese não constante no rol constitucional taxativo de sanções, mas que foi considerada como tal através da manipulação do princípio da representação proporcional.

realidade político-social dominante. Desta feita, a Corte ou Tribunal desempenha um papel que mais se assemelha ao de detectar, diagnosticar ou declarar a mutação já sedimentada, do que o de deflagrar a mudança em si<sup>369</sup>. Todavia, perante casos assim, como sustentar a compatibilidade do fenômeno da mutação com a supremacia normativa da Constituição?

Foi justamente visando proteger a normatividade e a força normativa da Constituição que postulou-se a superação da visão clássica do fenômeno da mutação — a saber, a tensão entre realidade e norma constitucional, fruto da estrita separação positivista entre norma e realidade —, já que por este caminho se caiu na capitulação da norma pelos fatos<sup>370</sup>. Assim, passou-se para um segundo conceito, que preconiza que o processo de mutação corresponde a mudanças no interior da norma, e desta feita, tentou-se lograr uma fundamentação adstrita ao plano jurídico-constitucional para o fenômeno. É precisamente nesta fase que se inseriu a mutação no campo da interpretação. Quem a essa corrente se filia consegue ver no fenômeno da mutação um instrumento de atualização da Constituição e que concorre para a manter a eficácia de suas normas e sua força normativa<sup>371</sup>.

No entanto, há casos também elencados como hipóteses de mutação constitucional, em que não se vislumbra uma virada nos dados da realidade tão impactantes que justifique ou que sirva de pano de fundo às mutações normativas da Constituição. Nessa linha, cita-se dois casos da jurisprudência brasileira que bem ilustram o que se tenciona elucidar.

---

<sup>369</sup> “A mutação constitucional deve sempre derivar de alguma alteração ocorrida no quadro das relações sociais que compõem o pano de fundo da ordem jurídica — seja no plano dos fatos, seja naquele dos valores sociais. Contudo, as mutações são muitas veiculadas por decisões de órgãos estatais que captam a mudança ocorrida, cristalizando-a no universo jurídico-constitucional”. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 281.

<sup>370</sup> Sobre os riscos inerentes ao conceito clássico afirma Joaquim de Sousa Ribeiro: “Mas, para além de demasiado vaga, não fornecendo parâmetros de aplicação operativamente utilizáveis, esta ideia de base corre sério risco, nas suas versões mais extremas, de conduzir à diluição da força normativa da Constituição, pois não oferece qualquer resguardo que contrarie a possibilidade de se admitir que a pura facticidade, exterior à Constituição, a ela se sobreponha”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Mutações constitucionais: um conceito vazio?* op. cit., p. 601.

<sup>371</sup> A ideia de base que motiva essa corrente, — que é encontrada em Hesse, — é encontrar um meio de não se sacrificar a normatividade ante a realidade, bem como de não se cair numa normatividade despida de conteúdo ou sentido. Para tanto, se vale Hesse da teoria estruturante desenvolvida por Friedrich Müller, e considera que a modificação do sentido da norma deve ser compreendida como uma mudança “no interior” da mesma, em seu âmbito normativo.

Refere-se, por primeiro, a Reclamação Constitucional nº 4335/AC onde o STF, mesmo ante a existência de norma constitucional disciplinando a necessidade da edição de resolução por parte do Senado Federal para suspender total ou parcialmente a norma declarada inconstitucional<sup>372</sup>, decidiu atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes às suas decisões em sede de recursos extraordinários, atribuindo um sentido completamente diferente do até então prevalecente e diametralmente oposto a clara literalidade do Texto Maior<sup>373</sup>.

Argumentou o STF que muito embora o texto constitucional fale que compete ao Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional em controle difuso, a partir do julgamento da Reclamação citada, a competência privativa do Senado passou a significar, apenas, dar publicidade às decisões do STF. Como bem apontam Lenio Streck, Martonio Lima e Marcelo Oliveira, o caso tratou-se de *alteração da norma de um texto* para a *alteração do próprio texto*<sup>374</sup>, e para tal mister, como se é de suspeitar, foi utilizada a tese da mutação constitucional<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> Artigo 52 da Constituição brasileira: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - *suspender a execução*, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. (grifo nosso).

<sup>373</sup> De forma bem resumida, a síntese do caso da Reclamação Constitucional nº 4335/AC: o Juízo da Vara de Execuções Penais do Acre se negou a seguir o entendimento do STF a cerca da progressão de regime para apenados daquele Estado-membro. Em precedente anterior, em sede de controle difuso de constitucionalidade (Habeas Corpus 82.959/SP), o STF declarou a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime. Todavia, para o juiz da Vara de Execuções Penais, como o Senado Federal não tinha editado resolução sobre a decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, conforme o disciplinado pela Constituição, ele entendeu pela sua não vinculatividade à decisão do STF. Neste contexto, a Defensoria Pública da União ingressou com a Reclamação Constitucional visando a aplicabilidade do entendimento do STF ao caso específico. Houve discussão também, a respeito do cabimento da Reclamação Constitucional que ao final fora admitida. “Fundamenta o entendimento do Min. Relator Gilmar Mendes o fato de que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Rcl. no 1880, 23.05.2002), o Tribunal reconhece o cabimento de reclamações que comprovem “prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado”. STREK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI. Jacarezinho, n. 7, 2007, p. 47.

<sup>374</sup> STREK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI. Jacarezinho, n. 7, 2007.

<sup>375</sup> Nesse sentido, explana o Ministro Eros Grau, seguindo o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes: “Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição”. Trecho do voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>



Curioso é que o Ministro Eros Grau, em seu voto, conceitua o fenômeno da mutação como uma mudança no sentido do enunciado da norma sem que o próprio texto sofra qualquer alteração<sup>376</sup>. Afirmo o Ministro que na mutação, diferentemente do processo de interpretação, não se vai de um texto a uma norma, mas de um texto a outro, sendo este novo, substituto do primeiro<sup>377</sup>. O que leva a crer, como salientado por Lenio Streck, Martonio Lima e Marcelo Oliveira, que pelo raciocínio do Ministro Eros Grau, na mutação não apenas a norma é nova, mas igualmente seu texto<sup>378</sup>.

Entretanto, ao se dar conta e admitir que foi ultrapassado o marco do texto, o próprio Ministro impõe que se dê a averiguação de que o novo texto mantenha a tradição e seja coerente com o contexto e com o todo<sup>379</sup>. Impõe o Ministro que, nesses casos, embora haja

---

<sup>376</sup> “A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. *Há, então, mais do que interpretação*, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. *Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro*”. (grifo nosso) Trecho do voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>

<sup>377</sup> “Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [competes privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [competes privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]”. Trecho do voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>

<sup>378</sup> “Certo então, para o Ministro, que na mutação constitucional não apenas a norma é nova, *mas o próprio texto normativo é substituído por outro*”. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. op. cit., p. 63.

<sup>379</sup> “Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a JEAN-PIERRE VERNANT para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento”. Trecho do voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>

mudanças na norma, tais transformações não sejam discricionárias ao intérprete, mas sim vinculadas à tradição do texto e a sua coerência interna<sup>380</sup>.

No entanto, como visto, o elemento fático, a saber, os dados da realidade, desempenham um papel de bastante relevância no fenômeno da mutação, de forma que muitas vezes a mutação é levantada como um meio de romper com a concepção até então predominante da norma, impulsionada pelo contexto social, político e econômico dominante. Diante de uma realidade bastante distinta, muitas vezes a norma não mais logra produzir os efeitos que até então produzia e dela se esperava. Daí a já referida e tão complexa natureza da mutação, que envolve elementos fáticos e jurídicos<sup>381</sup>.

Desta feita, como observado por Flávio Quinaud Pedron e Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia em análise do contexto e das circunstâncias político-sociais imperantes à época da Reclamação nº 4335/AC, não predominava uma realidade tão diferente que justificasse o irrompimento de uma mutação do inciso X do artigo 52 da Constituição brasileira<sup>382</sup>.

---

<sup>380</sup> Para o Ministro, nesses casos, “(...) ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu bel-prazer; o intérprete inscreve-se na tradição do texto --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma”. Trecho do voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>

<sup>381</sup> Assim, desta feita e com muita razão é que Lenio Streck, Martonio Lima e Marcelo Oliveira questionam: “Em que sentido a “substituição” do texto constitucional, efeito em nome de uma mutação, deixa o novo “texto” em harmonia com a tradição? Não é exatamente para mudar a tradição que se faz “mutação”? Mas, então, se se faz mutação para alterá-la, como lhe ser coerente e fiel?” STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. op. cit., p. 63.

<sup>382</sup> “Em ambos os casos, pode-se constatar que inexistia qualquer mudança de práticas sociais a justificar as *supostas* mutações constitucionais. Na Rcl 4335-AC, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau entenderam que a resolução do Senado Federal não mais seria necessária para a retirada da eficácia da norma declarada inconstitucional pelo tribunal em controle difuso, reduzindo a participação da Casa Legislativa apenas no aspecto da publicidade da decisão, como se a mesma fosse uma espécie de órgão de relações públicas do STF. O que é mais falacioso é que *não há como falar em alteração fática se o Senado Federal sempre cumpriu com seu papel de editar tais Resoluções!* No site do Senado Federal podem ser encontrados os números atualizados de reclamações editadas: em 2005, um ano antes da Rcl 4335-AC, o Senado editou 44 resoluções suspendendo a eficácia de normas por inconstitucionalidade; no próprio ano de 2006, foram 7 resoluções; e no ano de 2008 tivemos 16 e por aí vai!”. PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. *Crença da mutação constitucional aplicada pelo STF, é equivocada*. Revista Consultor Jurídico, 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>

Assim, não pôde o STF usar como argumento o fato do Senado eventualmente não cumprir com sua competência e não promulgar as resoluções disciplinadas pela Constituição. Diferentemente do que ocorria na seara alemã, quando Dau-Lin apontou que poderia ocorrer mutação constitucional pela impossibilidade do exercício de competências constitucionais<sup>383</sup>. Ou do apontado por Jellinek, que observou que a Constituição imperial alemã havia se transformado tanto pelo modo como se exerceu o poder estatal como pelo modo que não se exerceu determinadas competências estabelecidas no Texto Maior<sup>384</sup>. No caso brasileiro, não houve impedimento ou o desuso do prescrito constitucionalmente<sup>385</sup>.

Outra hipótese que guarda alguma semelhança com a acabada de expor foi o caso do Habeas Corpus nº 126.292/SP, onde o STF decidiu, mesmo ante norma constitucional, pela possibilidade da execução da prisão antes do trânsito em julgado. A partir desde julgado — ocorrido em fevereiro de 2016 — o STF mudou o entendimento próprio acerca da execução provisória da pena, e autorizou que condenações confirmadas em segundo grau poderiam ter

---

<sup>383</sup> “Puede darse una mutación de la Constitución por la eventual imposibilidad de ejercer competencias de poder, que corresponden al contenido de ciertas prescripciones constitucionales. El derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos se pierde ante la imposibilidad de ejercerlos, de modo que esos artículos de la Constitución ahora ya no corresponden a la realidad jurídica”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 36.

<sup>384</sup> Cita Jellinek o caso da monarquia inglesa, onde a rainha ficou por duzentos anos sem usar seu direito ao veto. “De esto se concluye, lógicamente, que el Derecho de veto del rey se ha perdido totalmente, desapareció por desuso. Empero, eso nunca fue admitido por el Parlamento”. JELLINEK, Gerog. *Reforma y mutación de la Constitución*. op. cit., p. 45 e 46. Dau-Lin, de certa forma, corrige Jellinek quando considera que, na realidade, não é o desuso que ocasiona a mutação, mas a impossibilidade de exercício de algo disciplinado na Constituição. Assim, para Dau-Lin “(...) el desuso es sólo una de las causas”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 36.

<sup>385</sup> “Assim, o suposto da teoria clássica alemã de que se poderia falar em mutação constitucional quando determinada competência não fosse utilizada por muito tempo por certo órgão não se sustenta nos dados da ‘realidade’”. Afirmam Flavio Pedron e Alexandre Bahia sobre o caso brasileiro. PEDRON, Flavio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. *Crença da mutação constitucional aplicada pelo STF, é equivocada*. Revista Consultor Jurídico, 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>

suas execuções iniciadas mesmo com a pendência de alguns recursos, sem que tal ato configurasse violação ao princípio constitucional da presunção de inocência<sup>386</sup>.

Em seu voto, o Ministro Luis Roberto Barroso ressaltou tratar-se de uma hipótese de mutação constitucional em que mudanças na percepção da realidade social implicaram mudanças no próprio Direito<sup>387</sup>. Mais uma vez aqui se observa a relevância que o argumento sobre o contexto social e os dados da realidade possuem quando se levanta a hipótese de mutação.

Ressalta-se, contudo, que tal matéria já havia sido objeto de mudança de posicionamento na Corte em 2009. Antes desta data, o STF adotava um posicionamento semelhante ao que predominou com no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, julgado em 2016. Assim, a partir de 2016, retornou-se ao posicionamento predominante em 2009<sup>388</sup>. Tal fato levanta a questão, observada pela Ministra Rosa Weber, das mudanças de

---

<sup>386</sup> “EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. Trecho da ementa do Habeas Corpus nº 126.292/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

<sup>387</sup> “Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado”. Trecho do voto do Ministro Luis Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

<sup>388</sup> “Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”. Trecho do voto do Ministro Luis Roberto Barroso no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Para o Ministro, a mudança causou sérios problemas, a saber: funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; reforçou a seletividade do sistema penal, já que a ampla possibilidade de recorrer em liberdade aproveitava sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos; bem como contribuiu para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

posicionamentos da Corte serem motivadas, sobretudo, pela posição pessoal de cada integrante<sup>389</sup>.

Já o Ministro Marco Aurélio adentrou ainda mais profundamente na questão de fundo desde julgado. Ademais da hipótese de mutação levantada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, o Ministro Marco Aurélio levantou a hipótese de usurpação de competência legislativa por parte do STF e a possibilidade de se estar, disfarçadamente, a promulgar uma verdadeira emenda à Constituição brasileira<sup>390</sup>.

Assim, com certa razão as observações de Flavio Quinaud e Alexandre Bahia sobre o esses dois casos de mutação constitucional por interpretação judicial se mostram acertadas, na medida em que revelam que a mutação no Brasil não tem contornos bem definidos, sendo,

---

<sup>389</sup> Tal questão foi aventada pela Ministra Rosa Weber em seu voto: “Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal”. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> A respeito da relação entre os integrantes da Corte e seus impactos na mudança de posicionamento, tem-se o paradigmático caso norte-americano onde o Presidente Roosevelt viu-se obrigado a anunciar um plano “(...) de aumentar mais uma vaga na Suprema Corte para cada juiz que ultrapassasse 70 anos de idade e, assim, conseguiu fazer com que a Corte finalmente se rendesse e, sem que tenha ocorrido sequer uma nomeação, mudasse sua jurisprudência, passando a compactuar com as medidas de recuperação da economia propostas pelo governo e, consequentemente, com a promulgação de leis que, antes, os juízes consideravam contrárias à Constituição”. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo Judicial: experiências norte-americana, alemã e brasileira*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 53, 2011, p. 140.

<sup>390</sup> “Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado”. Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

algumas vezes, não diagnosticada, mas sim deflagrada, criada, ou construída pelo Judiciário<sup>391</sup>.

Ante o exposto, percebe-se que a mutação destaca-se da interpretação. No entanto, é perfeitamente cabível a preocupação de Joaquim Ribeiro em conceber a existência, diante da força normativa da Constituição, de outro fator de conformação das normas constitucionais além das já conhecidas reforma e interpretação<sup>392</sup>.

Todavia, é igualmente confuso e maléfico conceber a mutação inserida na interpretação, no sentido dela ser equiparada a uma interpretação evolutiva que se mantém fiel ao sentido e finalidade da norma. Como visto, diante de alguns casos apontados a mutação ultrapassa essa configuração e rompe com a exigência de um “mínimo de correspondência” entre o sentido da norma e o seu enunciado textual.

Parte das mudanças e atualizações necessárias à aplicação e interpretação da Constituição conseguem ser atingidas pela interpretação evolutiva empregada no acolhimento da nova realidade<sup>393</sup>. Nesse sentido, a única vantagem em confundir o fenômeno da mutação

---

<sup>391</sup> “(...) Ou seja, por meio de tal mecanismo, o STF é elevado à categoria de um *super*-Poder, capaz de alterar as normas constitucionais por suas decisões institucionais e sem, com isso, precisar prestar contas – ou se submeter – à fiscalidade de nenhum outro Poder instituído”. E continuam: “Dessa forma, percebe-se que a mutação constitucional brasileira, diferente das versões alemães, não é diagnosticada – declarada – pelo Judiciário, mas sim criada/constituída por ele! Ele percebe, em sua posição de ativa vanguarda, antes mesmo da sociedade a necessidade de uma mudança constitucional e usurpa o *locus* de debate original do Poder Constituinte de Reforma (Congresso Nacional)”. PEDRON, Flavio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. *Crença da mutação constitucional aplicada pelo STF, é equivocada*. Revista Consultor Jurídico, 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>

<sup>392</sup> “Ora, numa época, como a nossa, em que está definitivamente adquirida a supremacia normativa da Constituição e em que estão atuantes jurisdições constitucionais com competência para fiscalizar o seu cumprimento — elas próprias vinculadas à Lei Fundamental — não parece que, dentro do paralelograma de forças polarizado pela interpretação e pela revisão formal da Constituição, possa emergir um outro fator integrativo e conformador da normatividade constitucional que se desprenda dos pressupostos e dos limites a que obedecem aqueles dois”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Mutações constitucionais: um conceito vazio?* op. cit., p. 611.

<sup>393</sup> “Os cânones hermenêuticos hoje geralmente reconhecidos facultam um amplo acolhimento de novos dados sócio-culturais, e até de novos condicionamentos e exigências decorrentes de contextos aplicativos transfigurados, não lhes negando impacto na definição, em concreto, dos programas normativos constitucionais. Uma interpretação evolutiva e atualista, conjugada com a natureza aberta de bom número de disposições constitucionais, assegura ao texto da Lei Fundamental a necessária flexibilidade adaptativa e confere legitimidade a resultados interpretativos que não têm nesse texto um apoio imediato”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Mutações constitucionais: um conceito vazio?* op. cit., p. 612.

com a interpretação seria se a interpretação conseguisse limitar a mutação, a saber, se os limites da interpretação conseguissem conter o despontar da mutação. Viu-se, com o exemplo de alguns casos jurisprudenciais, que tal não se sucede.

Se a mutação se mantivesse adstrita ao resultado de uma interpretação corretamente realizada, dentro de seus limites, fiel a um mínimo de correspondência ao sentido e ao texto, qualquer conteúdo que ultrapassasse estes lindes seria inválido<sup>394</sup>. E admitir esse conteúdo extra representaria, mesmo que de forma implícita, em reconhecer nos Tribunais um poder constituinte permanente<sup>395</sup>.

Fundamentada nessa errônea noção de jurisdição constitucional como possível “poder constituinte permanente”, é que se insurge a questão já aventada a respeito da tensão entre democracia e jurisdição constitucional<sup>396</sup>. Daí, no combate a este tipo de enquadramento, se

---

<sup>394</sup> “Se as mutações só podem ser o resultado de uma interpretação corretamente realizada, então nenhuma se pode ter por válida se não se mostrar compatível com os enunciados constitucionais. Uma mudança de significado pode traduzir um ponto-limite da interpretação, mas tem ainda que se achar justificada pelas diretrizes que regem esta operação”. E continua. “Para lá da fronteira da interpretação, ou seja, no que se refere a conteúdos que não possam ser extraídos, por processos metódicos credenciados, dos enunciados normativos constitucionais, *só através de revisão modificativa desses enunciados se pode alcançar a consagração constitucional de tais conteúdos*. E o risco a evitar é o de, sob a capa de uma mutação constitucional, se levar a cabo uma revisão encapotada. E esse risco — há que reconhecê-lo — é tanto mais forte quanto mais difícil for a obtenção da maioria qualificada exigida para um provimento de revisão formal”. (grifo nosso) RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Ibidem*, p. 612.

<sup>395</sup> “Então se deveria concluir que toda interpretação deve sempre operar dentro dos “círculos concêntricos” das competências atribuídas pela escritura constitucional para sua mutação. Fora desses “círculos”, como se evocou apertadamente, cai-se no mito suicida do Rei Midas: tudo se transforma graças à interpretação, como tudo se torna ouro na mãos do rei, mas em troca de levar à dissolução o próprio corpo (que ele toca e transforma com as próprias mãos) e, conseqüentemente, a própria existência desse rei”. CARDUCCI, Michele. Limites à mutação constitucional: entre circulação dos argumentos e “moderação militante”. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

<sup>396</sup> “Atribuir ao STF o papel de “poder constituinte permanente” seria inverter a lógica segundo a qual a legitimidade de sua atuação contra as deliberações majoritárias de outros poderes resulta, antes de tudo, da sua fidelidade à Constituição e não da crença na superioridade intelectual e moral dos juízes. Conceber uma Corte, por mais qualificada que seja, como principal responsável pela “atualização” da Constituição seria incidir num modelo antidemocrático de governo de sábios, francamente incompatível com o ideário do Estado Democrático de Direito”. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 283.

defender um papel procedimental da jurisdição constitucional, onde esta se limita a garantir o normal funcionamento do processo democrático<sup>397</sup>.

Todavia, limitar a jurisdição constitucional ao aspecto procedimental não parece ser suficiente, conquanto há situações que envolvem direitos e valores fundamentais que não possuem uma relação tão evidente com o processo democrático. Neste sentido, tem-se o já citado caso brasileiro do reconhecimento das uniões homoafetivas<sup>398</sup>. Como bem observado por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto existem situações, como a aventada acima, onde os direitos fundamentais não desempenham um papel tão imediato no funcionamento da democracia e desta feita não poderiam ficar ao alvedrio das maiorias<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> Há variantes da visão procedimental da jurisdição constitucional. Explica Daniel Sarmento e Cláudio Souza Neto que “Há visões mais limitadas, como a do jurista norte-americano John Hart Ely, e outras mais abrangentes, como a do filósofo alemão Jürgen Habermas. Tais teorias abrem espaço, em extensão variável, para a proteção de direitos fundamentais, porque concebem estes direitos como indispensáveis para o funcionamento da democracia”. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ibidem*, p. 243.

<sup>398</sup> “Tome-se como exemplo a chamada “privacidade decisional”, que abrange as decisões e condutas do indivíduo a respeito de temas como a sua vida afetiva, familiar e sexual. Não é tão evidente a relação entre a proteção desta dimensão da privacidade com o funcionamento da democracia”. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ibidem*, p. 243.

<sup>399</sup> “Alguém poderia sustentar, por exemplo, que o mais democrático seria que a sociedade, por suas maiorias, decidisse se vai ou não permitir que pessoas do mesmo sexo formem uniões estáveis ou casamentos. Diante do caráter ainda polêmico da questão, poder-se-ia defender que a decisão sobre o tema, numa democracia, deve caber ao povo, em cada momento de sua existência. Porém, negar a um homossexual a possibilidade de se relacionar e de formar família com pessoa do mesmo sexo é tratá-lo como alguém que não é merecedor do mesmo respeito e consideração devotada ao heterossexual, cujas inclinações afetivas e eróticas são aceitas pela sociedade. O respeito à igual dignidade do cidadão homossexual não pode depender dos designios e inclinações das maiorias, mesmo de maiorias extremamente qualificadas. Há uma dimensão de “reserva de justiça” nas cláusulas pétreas, que vai além da garantia do funcionamento do processo democrático, e que a teoria do procedimental não abarca”. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ibidem*, p. 243.



## 4 FENÔMENOS AFINS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O fenômeno da mutação constitucional, por não se fazer presente na letra da Constituição, se aproxima de diversos outros fenômenos que igualmente não variam o texto constitucional mas tão somente a situação jurídica que a norma diz respeito<sup>400</sup>.

Desta feita, como a mutação se caracteriza principalmente por ser uma mudança informal e que não se expressa através do texto constitucional, ela se distancia do meio formal de modificação da Constituição, a saber, a reforma. Assim, tem-se outros fenômenos que também se relacionam com modificações tácitas da Constituição, como a interpretação evolutiva, a revisão indireta, a reforma constitucional tácita e o costume constitucional<sup>401</sup>.

### 4.1 A interpretação evolutiva, a revisão indireta e a reforma tácita da Constituição

No que diz respeito a proximidade entre a mutação constitucional e a interpretação evolutiva da Constituição esta já foi tratada no decorrer da presente pesquisa, sobretudo na

---

<sup>400</sup> “Importa subrayar cómo, frecuentemente, aun no variando la *letra escrita* de la Constitución, puede modificarse sensiblemente la situación jurídica configurada por la misma en el sentido de que *las leyes ordinarias* (en el ámbito de validez que se les deja), las *costumbres* (en cuanto idóneas para actuar en materia constitucional), las *sentencias de la magistratura* (sobre todo en los Estados anglosajones) y las *reglas de corrección constitucional*, pueden transformar sustancialmente, en la realidad de la vida constitucional, cuanto se ha afirmado, en grandes líneas, por las mismas normas constitucionales fenómeno expresivamente definido por los alemanes con al expresión *Verfassungswandlung*, en contraposición con la *Verfassungsänderung*, entendida en el sentido de la letra escrita de la Constitución”. BISCARETTI DI RUFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Traducción: Pablo Lucas Verdú. Madrid: Editorial Tecnos. 2ª edición, 1982, p. 284 e 285.

<sup>401</sup> Vale resaltar que Jorge Miranda cita várias outras espécies de vicissitudes constitucionais, como a revisão, a derrogação, o costume, a interpretação evolutiva, a revisão indireta, a revolução, a ruptura não revolucionária, a transição constitucional e a suspensão (parcial) da Constitucional. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. op. cit., p. 174 e 175. No entanto, como a mutação se caracteriza por configurar uma mudança tácita, parcial e informal da Constituição abordar-se-á como fenômenos afins a mutação apenas outras espécies de vicissitudes tácitas.

necessidade — e dificuldade — de diferenciação entre esta e a mutação constitucional por interpretação judicial<sup>402</sup>.

Neste sentido, a interpretação constitucional que se distancia dos termos estritamente jurídicos, que não se satisfaz apenas com o uso dos métodos clássicos de interpretação, mas, ao revés, que se volta à vivência do texto, à eficácia da norma, a sua adaptação e evolução, se aproxima ao fenómeno da mutação que também possui a modificação da norma como resultado<sup>403</sup>. Desde modo, sabe-se que a interpretação evolutiva é dinâmica e atualizadora, podendo provocar mudanças tácitas na Constituição<sup>404</sup>, não percebidas em seu texto.

---

<sup>402</sup> Reforçando a ideia já abordada (especialmente no Capítulo 2 e 3) sobre a necessidade de diferenciação entre a interpretação evolutiva da Constituição e a mutação constitucional por interpretação judicial. Afirma Jorge Miranda que “Não obstante, não pode a interpretação evolutiva servir para *matar* um número maior ou menor de normas, mas, pelo contrário, para, preservando o espírito da Constituição, as manter *vivas*; aquilo, no limite, poderá ocorrer por virtude de costume constitucional e não por virtude de atividade interpretativa”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. op. cit., p. 179. Já para Blanco de Moraes, “A interpretação evolutiva implica o ajustamento do sentido de certos preceitos constitucionais a novas realidades políticas, económicas e sociais que o repetido enunciado não abarcava expressamente. O texto normativo subsiste mas com uma transformação material da sua relação de sentido a qual é determinada pelo intérprete autorizado, ou seja, pela Justiça Constitucional”. E mais adiante salienta que existem determinadas operações interpretativas que não constituem autênticas alterações constitucionais já que “(...) defluem do preceituado constitucional por via extensão, de subsunção, de atualização teologicamente fundada, de concretização lógica e axiologicamente justificada ou de ponderação constitucionalmente orientada”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 250.

<sup>403</sup> Enrique Alonso García menciona dois vieses que a interpretação constitucional pode assumir: “(...) la de que para los juristas la interpretación constitucional es un fenómeno peculiar, pues si, por un lado, tienen que dialogar con el intérprete auténtico en términos estrictamente jurídicos, utilizando los métodos clásicos de interpretación, por otro, tienen que hacerse eco del fenómeno de la interpretación constitucional como vivencia constitucional para “justificar las vivencias del texto fundamental”, convirtiendo así en lenguaje jurídico, asimilable por el intérprete auténtico, formas culturales de vivencia de valores e ideas como fundamentales”. GARCÍA ALONSO, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios de Constitucionales, 1984, p. 3. Esta última noção que mais se assemelharia ao fenómeno da mutação constitucional por interpretação judicial.

<sup>404</sup> Vários são os motivos citados pela doutrina que clamam a interpretação evolutiva da Constituição. Jorge Miranda justifica a interpretação evolutiva pela necessidade de congregar as normas interpretadas com as restantes, pela necessidade de atender aos destinatários atuais, e pelo papel ativo do intérprete como ser inserido no ordenamento em transformação. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. op. cit., p. 179. Anna Cândida da Cunha Ferraz cita os seguintes: “Fala-se, assim, em interpretação evolutiva ou adaptadora e adequado quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance, ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 128 e 129.

Igualmente ligada a seara da interpretação tem-se a figura da revisão indireta. Esta é um reflexo da interpretação da Constituição como um sistema unitário, onde as normas se relacionam e concordam entre si. Assim, quando uma norma constitucional é reformada, a novidade que esta traz consigo se reflete nas demais normas, podendo alterar-lhes o sentido que tinham antes da modificação formal sofrida por aquela norma constitucional específica<sup>405</sup>.

Cita ainda a doutrina a figura da reforma constitucional tácita, ou seja, a reforma que segue os tramites previstos para sua elaboração, mas que não chega a ser registrada no texto Constitucional. Desde modo, mesmo havendo a modificação da norma constitucional seguindo os procedimentos prescritos para tanto, tal modificação não se faz presente no lugar correspondente no texto constitucional. Como consequência não se sabe ao certo quais disposições constitucionais estão em vigor, já que o texto fica repleto de emendas sem o devido registro<sup>406</sup>.

No que diz respeito aos costumes, maiores considerações merecem ser feitas, o que justifica um subcapítulo exclusivamente dedicado a esta temática e que passamos a seguir.

---

<sup>405</sup> “Consiste no reflexo sobre certa norma da modificação operada por revisão (revisão *direta*, revisão propriamente dita): o sentido de uma norma não objeto de revisão constitucional vem a ser alterado por virtude da sua interpretação sistemática e evolutiva em face da nova norma constitucional ou da alteração ou da eliminação de norma preexistente”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. op. cit., p. 180. Ressalte-se que aqui conferiu-se tratamento autónomo às figuras da interpretação evolutiva e da revisão indireta.

<sup>406</sup> “Não se indicando qual a disposição constitucional emendada e não se precisando totalmente o sentido da emenda, fica-se sem se saber, em rigor, qual o texto constitucional vigente. A não inserção das alterações no próprio texto da constituição não conduz, como alguns pretendem, ao princípio geral da ab-rogação das leis (salvo disposição em contrário, as leis derogam os actos legislativos anteriores com elas contrastantes). CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. op. cit., p. 947. No mesmo sentido, Karl Loewenstein: “No solamente no se sabía lo que realmente todavía estaba en vigor del texto constitucional, sino que en virtud de la desvalorización de la Constitución no cabía esperar ningún auténtico sentimiento constitucional, ya que las respectivas mayorías formadas por los partidos en las Asambleas legislativas pudieron saltar sobre la Constitución según sus alegres caprichos, con sólo respetar las disposiciones referentes al procedimiento de reforma constitucional”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. op. cit., p. 186.

## 4.2 O Costume

Quando se fala em modificações tácitas logo desponta a figura do costume<sup>407</sup>. Com bem leciona Jorge Miranda, no costume há a coincidência entre a criação e a execução do Direito<sup>408</sup>. Daí a dificuldade em se conceber a figura do costume como fonte ou como instrumento de alteração normativa em sistemas codicistas<sup>409</sup>.

O costume se caracteriza por ser uma prática reiterada dotada de convicção de que seu comportamento é juridicamente devido, sem, contudo, advir de disposição normativa prévia. Ensina Blanco de Moraes que a figura do costume só se torna autêntica regra constitucional, desde que implique em uma prática repetida e uniforme, sedimentada durante um vasto lapso de tempo e que desperte nos titulares do poder a crença de que a conduta nele identificada deve ser reproduzida futuramente<sup>410</sup>. No entanto, Gilmar Mendes, seguindo Jorge Miranda, alerta para o perigo em supervalorizar a prática repetida por longo período, já que, no âmbito

---

<sup>407</sup> Neste sentido, Blanco de Moraes considera dentre outras fontes informais de mutação constitucional a seguinte: “*Fontes fáticas de formação espontânea*: é o caso do *costume (praeter e contra legem)*; *das práticas e de convenções constitucionais consolidadas* que alteram o funcionamento do sistema político criando regras informais, umas vinculativas e outras ordenadoras (“soft law”); e *do desuso de princípios e regras*, gerador da sua nominalização progressiva ou da sua caducidade normativa”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 248.

<sup>408</sup> “No costume, a criação e a execução do Direito como que coincidem. Os comportamentos dos destinatários — os usos — em vez de serem vistos em si, isolados, sem valorarão jurídica ou jurígena, tomam-se por referência a uma norma não decretada antes, como comportamentos devidos, de cumprimento dessa norma — e nisto consiste a *opinio juris vel necessitatis*”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. op.cit., p. 147.

<sup>409</sup> “A dificuldade advém da aparente incompatibilidade entre uma Constituição que se define como escrita, pretendendo documentar o estatuto máximo do Estado, com a característica básica do costume de coincidir a criação com a execução do Direito”. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 255. E-Books.

<sup>410</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 254.

do Direito Constitucional, a importância e a publicidade dos atos dos órgãos do poder político refletem-se quase que imediatamente no sentido das normas constitucionais<sup>411</sup>.

#### *4.2.1 Um breve apanhado da figura do costume: histórico, tipos e características*

Dau-Lin afirma que a noção inicial de direito consuetudinário confundia-se com a ideia jurídica romântica disseminada pela Escola Histórica do Direito, ou seja, na redução do todo direito ao “espírito do povo”<sup>412</sup>. Tal noção inicial foi matizada por uma tendência que o autor chamou de dominante, de forma que o que se passou a exigir do direito consuetudinário como condição e fundamento foi o seu exercício fático e a *opinio iuris et necessitatis*.

Cita ainda o autor outras ideias que tencionaram explicar o direito consuetudinário. Uma focada no viés sociológico, que identifica o costume tão somente como uma regra de fato aplicada e observada, sem se preocupar em reconhecer neste fenômeno qualquer autoridade normativa. E outra condizente com o positivismo jurídico, que fixava a validade do costume em uma concessão implícita ou explícita do Estado (teoria da autorização). Dau-Lin critica tanto o pensamento que subestima a importância da regulação estatal e, conseqüentemente, a força das normas jurídicas positivas, bem como o pensamento positivista indiferente ao desenvolvimento e a realidade jurídica<sup>413</sup>. Vale ressaltar que Dau-Lin investigou as teorias explicativas do costume sob a ótica da relação Direito Consuetudinário e

---

<sup>411</sup> “No Direito Constitucional, porém, a exigência de prática repetida ao longo de alastrado lapso cronológico não deve ser sobrevalorizada, tendo razão Jorge Miranda ao sustentar que “a gravidade e a publicidade dos atos dos órgãos do poder político, quando tornados efetivos, tendem a refletir-se quase imediatamente no sentido das normas constitucionais”. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*...op.cit., p. 257 e 258. No mesmo sentido Carbone, citado por Anna Cândida da Cunha Ferraz. Explana a autora que Carbone ressalta em sua obra *La consuetudine nel diritto costituzionale*, “que a doutrina tem diminuído a importância do requisito de longa duração e repetição do comportamento e ressaltado o aspecto da necessidade e da força expansiva do costume”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2ª edição. Osasco: Edifício, 2015, p. 178, (nota de rodapé).

<sup>412</sup> Dau-Lin considera que a real problemática do direito consuetudinário só foi realmente captada pela doutrina alemã. Ele até reconhece os estudos anglo-americanos e franceses sobre o tema, mas considera que tais abordagens situaram a problemática consuetudinária de forma errada, a saber, inserida em concepções jurídicas gerais. Assim, para ele, a real ideia do direito consuetudinário “no obstante es el resultado de la idea jurídica romántica de la escuela histórica: es decir, la reducción de todo derecho al espíritu del pueblo que duerme en el pueblo del Estado”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 110.

<sup>413</sup> “Si el positivismo jurídico mantenía una posición completamente indiferente frente al desarrollo jurídico y a la realidad jurídica actual, entonces la teoría general del derecho consuetudinário, fundada sea en la historia, sociológica o psicológicamente, se basa en una incomprensión del significado real del orden jurídico estatal”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 117.

Direito Constitucional. Segundo Dau-Lin reside aí, nesta relação, a maior problemática da figura do costume<sup>414</sup>.

Muito embora Dau-Lin admita que as proposições jurídicas positivas jamais serão capazes excluir por completo o aparecimento dos costumes, ele também ressalta que sua importância no constitucionalismo moderno desempenha um papel mais mitigado. Tal fato se dá pela existência, na atualidade, de uma legislação estatal cada vez mais minuciosa e que deixa pouco espaço para o aparecimento dos costumes. O autor também evidencia que a ideia inicial de associação dos costumes ao espírito do povo representou, no fundo, uma refutação contra a exclusiva autoridade do Monarca legislador<sup>415</sup>. Fator que igualmente contribuiu para a mitigação dos costumes, já que hodiernamente, a representação popular é assumida pelo legislador<sup>416</sup>.

Genericamente se atribui aos costumes duas características principais, uma de ordem objetiva ou fática, a saber, a prática ou a repetição de um procedimento, e outro de ordem

---

<sup>414</sup> “Examinando nuestro verdadero problema, se explica la cuestión de la relación entre el derecho constitucional y el derecho consuetudinario, y la situación problemática de la teoría sobre el último. Por lo tanto observamos que, para nosotros es muy provechoso tratar aquí, más afondo, el verdadero problema de derecho consuetudinario”. Para Dau-Lin o erro dos estudos já realizados sobre o costume consistia em analisar o costume dentro de uma teoria jurídica geral. Para ele “Toda la controversia que versa sobre la teoría del derecho consuetudinario, se explica mediante el carácter orientado al sistema de su concepto. Así se manipula el problema del derecho consuetudinario en la discusión jurídica en general. De hecho cada teoría del derecho consuetudinario es el resultado de una teoría jurídica general”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 113.

<sup>415</sup> “(...) si la verdadera voluntad del pueblo (derecho consuetudinario) entrase en conflicto con la del soberano (derecho vigente), entonces la voluntad del soberano debería ceder ante la voluntad popular, puesto que todo derecho debe remontarse al espíritu popular. Sin embargo, esta agudísima polémica no tiene sentido ya que el poder legislativo se atribuye en la actualidad — por lo menos formalmente — a la representación popular, es decir al pueblo representado”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 118.

<sup>416</sup> Desde modo a figura do costume desempenha um papel menos importante em sistemas codicistas. “No universo anglo-saxónico existe um importante espaço para o império do Costume como fonte de Direito Constitucional. Já nos sistemas codicistas, como o português, o papel do costume como instrumento de alteração implícita do sentido normativo das normas constitucionais é bem mais modesto”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 253 e 254.

subjetiva ou psicológica, que corresponde a convicção generalizada de sua exigibilidade ou na crença de sua obrigatoriedade, a *opinio iuris et necessitatis*<sup>417</sup>.

Podem ser classificados em *secundum legem*, ou seja, é o costume previsto ou admitido pelo próprio direito positivo que manda observá-lo em determinados casos. Desta feita, este tipo de costume também funciona como auxiliar na interpretação de normas escritas que atuam na conformação de entendimentos possíveis do texto legal. Há também os costumes *praeter legem*, a saber, são aqueles que integram as lacunas, preenchendo os vazios constitucionais e substituindo as disposições legais quando a lei é silente. Cita ainda a doutrina a figura do costume *contra legem*, ou contrários à lei, manifestando-se pela prática oposta à disposição normada<sup>418</sup>.

A existência dos costumes em ordenamentos dotados de Constituição escrita abrem dois tipos de questionamentos. O primeiro deles é de ordem formal, ligado ao positivismo jurídico. Destarte, não se admite o costume por este não ser escrito e consequentemente não estar submetido a um processo formal de revisão. Assim, o costume é desprovido da força superior inerente, tão somente, a uma Constituição escrita. Levanta-se, também, outro questionamento, ligado a ideia de Constituição formal como expressão de um poder constituinte soberano que não poderia ser refutado por atos ou práticas inorgânicas<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> “O uso consiste, pois, no elemento objetivo do costume, devendo ser uniforme, constante, público e geral. *Uniforme e constante*, porque revela a atitude de se agir sempre do mesmo modo, sem qualquer interrupção. A uniformidade e a constância do uso não seriam possíveis sem o exercício, por período razoavelmente longo, capaz de autorizar a convicção da existência de uma norma estável (*diuturnitas temporis*); *público*, haja vista que deve obrigar a todos; e *geral*, porquanto colima alcançar todos os atos, pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência na norma consuetudinária”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 175.

<sup>418</sup> “O costume *secundum legem* é também designado como *costume interpretativo* quando, sem assumir o caráter de fonte do direito, permite inovar sobre a norma depreendida do texto. O *praeter legem* recebe a denominação de *introdutivo* ou *integrativo* porque se desenvolve para cobrir ou preencher o silêncio do texto escrito, ou para complementá-lo; e o *contra legem* é chamado de *derrogatório*”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit, p. 180.

<sup>419</sup> “A inadmissibilidade dos costume derivaria tanto do princípio da soberania nacional como do conceito de Constituição formal. A vontade do povo só se manifestaria através da feitura da Constituição em assembleia constituinte (ou em órgão equivalente), não através de qualquer outra forma; e a superioridade da Constituição e a sua função própria seriam vulneradas se pudesse haver normas constitucionais criadas à sua margem”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 150.

A despeito de tais questionamentos, atualmente é pacífica a aceitação dos costumes que interpretam e complementam a Constituição, ou seja, dos costumes *secundum legem* e *praeter legem*<sup>420</sup>. O mesmo já não se pode dizer em relação a figura do costume *contra legem*, que enfrenta maiores divergências quanto a sua aceitação.

As controvérsias que acompanham o costume *contra legem* dizem respeito não só a sua existência, mas, também, ao seu conteúdo. Neste sentido, se questiona se o costume *contra legem* pode ser de ordem positiva, criador de novas normas ou, também, de ordem negativa (desuso)<sup>421</sup>. Anna Cândida Ferraz Cunha cita dois posicionamentos doutrinários a este respeito. Há aqueles que afirmam que o desuso, ou seja, a não aplicação prolongada da norma não significa sua revogação ou ab-rogação, podendo ainda a norma ser invocada e aplicada. E há ainda quem considere que tanto a prática positiva contrária a norma, como o desuso são dois aspectos do mesmo fenômeno, já que em ambos há a configuração de situações contrárias a norma escrita<sup>422</sup>.

Como bem ensina Jorge Miranda, de pronto a força jurídica inerente a Constituição formal contesta a figura do costume *contra legem*. A partir do momento em que a Constituição caracteriza-se por ser um documento que se propõe a regular todo o processo político, só resta aos costumes *contra legem* a opção de nascer da não observância, pelos

---

<sup>420</sup> Para Blanco de Moraes “O modo como uma norma polissêmica é aplicada pode ser tido em consideração pelo Tribunal Constitucional na avaliação dos termos em que a Constituição é cumprida, na medida em que essa aplicação assente numa regra costumeira ou num uso solidificado. A prática pode transformar-se numa espécie de “*Direito constitucional vivente*” na interação institucional”. No entanto, o que Blanco de Moraes considera ser mais questionável é a utilização desses costumes como parâmetros autônomos de controle de inconstitucionalidade. Para o autor os costumes devem operar “(...) sempre numa relação de complementaridade com normas constitucionais positivas, concorrendo para sua descodificação ou integração”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 254 e 255.

<sup>421</sup> “O costume *contra legem* abrangeria na sua conceituação, não apenas o *usus* ou a *prática* contrários às leis, mas também o chamado *desuso* ou seja a inobservância uniforme, constante e prolongada do texto escrito? Nessa indagação a questão fundamental que se coloca a propósito do *desuso* é se ele importa *revogação* do texto escrito”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 180.

<sup>422</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. op. cit., p. 180 e 181.



órgãos do poder, das normas constitucionais escritas. O que faz o autor considerar este tipo de costume como uma preterição de constitucionalidade<sup>423</sup>.

Jorge Miranda ainda cita três situações que fomentam o aparecimento do costume *contra legem*. A primeira delas é quando há dúvidas na interpretação de normas constitucionais. A possibilidade de dois ou mais sentidos serem atribuídos a norma ou de lhe ser atribuída um novo entendimento, diferente do de outros e distante do usualmente conferido, são condições propícias ao aparecimento de costumes *contra legem*<sup>424</sup>. O autor cita também a inexistência ou deficiência do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos do poder. Aqui, a não existência ou a falha no controle de constitucionalidade permite que determinadas práticas contrárias a Constituição adquiram, com o decurso do tempo, certo grau de obrigatoriedade<sup>425</sup>. Por último e relacionado com o segundo, cita Jorge Miranda os casos em que a despeito da existência de controle de constitucionalidade, este não abranja por completo todos os atos jurídicos-públicos<sup>426</sup>.

Blanco de Moraes menciona como fator de desencadeamento de costumes *contra legem* a caducidade de algumas normas constitucionais em virtude de práticas normativas infraconstitucionais contrárias e uniformes. Ressalta o autor que tal hipótese se materializa no âmbito de constituições económicas e sociais, bem como no domínio de normas programáticas.

---

<sup>423</sup> A despeito de tal afirmação, o autor admite a existência de costumes *contra legem*. “Contudo, isso não permite fechar os olhos à vida a ponto de asseverar que tal costume não exista. Condições pode haver que levem à sua formação, ligadas a dúvidas de interpretação de preceitos constitucionais e, em especial a ausência ou a deficiência de mecanismos de garantia”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 158.

<sup>424</sup> Complementa o autor que “Algo paradoxalmente *prima facie*, estas hipóteses de costume *contra legem* poderão dar-se a partir de hipóteses de costumes *secundum legem*”. Ibidem. p. 158.

<sup>425</sup> “Ou então pode acontecer que seja o próprio órgão de controlo que, ao emitir o seu juízo em face de um comportamento desconforme com a Constituição escrita ou não usando do seu poder de fiscalização, participe na formação de nova norma constitucional. A efetividade do sentido normativo decorrente desta nova situação obsta à efetividade do original sentido normativo constante do texto constitucional”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. op. cit., p. 159.

<sup>426</sup> “E isso pode suceder com tanto maior frequência quanto é certo que a fiscalização da constitucionalidade tem sido principalmente pensada e organizada em vista de leis e de outros atos normativos e não em vista de atos políticos ou de governo. Ora, tem sido sobretudo no campo dos atos políticos que se têm criado costumes *contra legem*”. Ibidem.

O autor cita também outra situação, a saber, o não cumprimento reiterado de disposições constitucionais através de atos políticos. Na medida em que tais atos políticos de descumprimento não possuem sua constitucionalidade questionada, bem como se tornam tacitamente aceitos pelas instituições, tal situação concorre para o surgimento de costumes *contra legem*<sup>427</sup>.

#### 4.2.2 A atual proximidade entre o costume constitucional contra legem e a mutação constitucional por interpretação judicial

Situação diretamente relacionada com a hipótese agora levantada se deu no ambiente constitucional brasileiro. Trata-se do bastante conhecido caso do veto presidencial sofrido por alguns dispositivos da chamada “nova lei dos *royalties*”. A Lei número 12.734 de 2012 (Projeto de Lei nº 2.565/2011) modificou as disposições legais existentes que disciplinavam a partilha dos *royalties* devidos em função da exploração do petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluidos entre os Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União. Tal norma teve alguns de seus dispositivos vetados pela então Presidente da República Dilma Rousseff. E a posterior análise do veto presidencial pelo Congresso Nacional foi objeto de Mandado de Segurança no STF<sup>428</sup>.

O parágrafo 4º do artigo 66 da Constituição brasileira disciplina que o Congresso Nacional têm o prazo de trinta dias contados a partir do recebimento do veto para apreciá-lo. Esgotando-se este prazo sem a apreciação do veto, este será colocado na ordem do dia da

---

<sup>427</sup> Afirma Blanco de Moraes: “(...) *no universo dos atos políticos*, na medida em que os mesmos estão imunes à fiscalização de constitucionalidade, podendo o incumprimento reiterado de normas constitucionais por esses atos, a partir do momento em que seja tacitamente aceite pelas instituições, implicar a emergência de um costume *contra legem*”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 255.

<sup>428</sup> "O impetrante argumentou, em suma, que a aprovação de regime de urgência para apreciação de vetos viola o devido processo legislativo, em especial os § 4º e § 6º do artigo 66, da Constituição brasileira. Isso porque, em suas palavras, não seria possível apreciar vetos ainda sem prazo vencido antes daqueles em que o prazo já se encontra expirado. Além disso, a Carta Magna imporia a apreciação dos vetos segundo uma ordem objetiva, na qual a cronologia certamente há de ser considerada. Ademais, o regime de urgência seria reservado apenas à tramitação de projetos de lei". Trecho do relatório do voto do Ministro Ricardo Levandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/ms31816rl.pdf>

sessão imediata, sobrestando as demais proposições até sua votação final (parágrafo 6º do artigo 66, CF)<sup>429</sup>.

No entanto, na realidade fática e na prática já sedimentada, já havia mais de três mil vetos pendentes de análise, vetos emitidos há mais de treze anos e até então não apreciados<sup>430</sup>. Assim, a análise do veto da “lei dos *royalties*”, segundo o argumento levantado pelo deputado impetrante do Mandado de Segurança, violaria o devido processo legislativo, já que sua apreciação “deveria seguir critérios objetivos e razoáveis e não apenas critérios de

---

<sup>429</sup> “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo”. Artigo 66 da Constituição brasileira.

<sup>430</sup> “Apesar da clareza meridiana da sistemática constitucional, o Congresso brasileiro vem ignorando, por completo, tanto o prazo peremptório de trinta dias para apreciação do veto pendente quanto a consequência imediata do seu descumprimento (i.e., o trancamento automático da pauta legislativa até a respectiva votação). *Na prática, os parágrafos do artigo 66 da Constituição são frontalmente frontalmente descumpridos sem qualquer pudor.* Em consequência, acumula-se hoje no Congresso Nacional um estoque de 3.060 vetos pendentes de apreciação, todos com prazo constitucional já vencido”. (grifo nosso). Trecho do voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3779575>

conveniência política”<sup>431</sup>. Tal tese até chegou a ser acolhida em sede de liminar pelo Ministro Luiz Fux, sendo posteriormente casada pelo plenário do STF<sup>432</sup>.

A decisão do STF se deu pela análise dos riscos que a determinação do puro cumprimento da norma constitucional, diante da prática já consolidada, ocasionaria nas seguranças jurídica, econômica e fiscal, já que os antigos vetos versavam sobre as mais variadas matérias, tais como a renegociação de débitos tributários e previdenciários, perdão de dívidas, Código Florestal, dentre outras matérias ambientais<sup>433</sup>.

Diante de tal situação jurídico-constitucional ocorrida o questionamento que aqui se levanta é o seguinte: qual deveria ter sido a posição do STF? Ignorar a realidade usual já sedimentada pela prática do legislativo e determinar o cumprimento da norma constitucional? Ou, na linha do que foi feito, desconsiderar a inconstitucionalidade da prática até então

---

<sup>431</sup> “O impetrante indicou, em seu pedido, que o número de vetos presidenciais para a análise já estava superior a três mil, alguns pendentes há mais de uma década, de modo sua apreciação deveria seguir critérios objetivos e razoáveis, e não apenas questões de conveniência política”. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira*. op.cit., p. 165.

<sup>432</sup> “Assim, no entender majoritário da Corte, não há como manter a determinação liminar ordenando ao Congresso Nacional que “se abstenha de deliberar acerca do Veto Parcial no 38/2012 antes que proceda à análise de todos os vetos pendentes com prazo de análise expirado até a presente data, em ordem cronológica de recebimento da respectiva comunicação”. Isso porque se mostra pouco provável que tal determinação venha a ser mantida no julgamento definitivo da demanda, especialmente pela gravidade das consequências que derivariam do puro e simples reconhecimento, com efeitos *ex tunc*, da inconstitucionalidade da prática até agora adotada pelo Congresso Nacional no processo legislativo de apreciação de vetos presidenciais (ADI no 4.029/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.06.2012)”. Trecho da ementa do acórdão de relatoria do Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3779575>

<sup>433</sup> “O puro e simples reconhecimento, com eficácia *ex tunc*, do vício de inconstitucionalidade do procedimento até agora adotado para apreciação de vetos presidenciais, acarretaria consequências verdadeiramente dramáticas, conforme já referido. Quanto ao passado, ficariam sujeitas à declaração de inconstitucionalidade formal todas as deliberações do Congresso Nacional tomadas desde que se venceu o prazo do mais antigo dos vetos pendentes de apreciação, que, segundo informam os autos, ocorreu há cerca de 13 – treze – anos. E, quanto ao futuro, restaria ao Congresso Nacional o ingente trabalho de examinar, por ordem cronológica de vencimento do prazo, os mais de três mil vetos presidenciais pendentes de apreciação, sem possibilidade, no interregno, de apreciar qualquer outra proposição. Isso significaria, na prática, que, a pretexto de fazer cumprir, como se deve, o prazo do § 4º do art. 66 da CF, uma decisão dessa natureza decretaria a impossibilidade material, pelo menos por longo espaço de tempo, da apreciação tempestiva de novos vetos presidenciais que venham a ser apresentados em futuro próximo. *Paradoxalmente, portanto, nas circunstâncias de fato que agora se apresentam, o comando no sentido de determinar o estrito cumprimento da Constituição, inclusive quanto ao passado, operaria efeito contrário ao desejado pela norma constitucional*”. (grifo nosso). Trecho do voto do Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3779575>

adotada pelo Congresso Nacional tendo em vista a gravidade dos impactos que o cumprimento da norma constitucional gerariam diante da realidade já sedimentada?

Tal caso foi considerado pelo Ministro Gilmar Mendes como hipótese de mutação constitucional por interpretação judicial ocasionada por alterações fáticas<sup>434</sup>. Mas, de fato, quem causou tal mutação constitucional? O STF, que foi provocado quando a situação já estava bastante consolidada ou a prática usual adotada pelo Congresso Nacional? Até que ponto é correto nomear casos como este como mutação constitucional *por interpretação judicial*? O difundido conceito de mutação como uma mudança no sentido, no significado e no alcance da norma a despeito da permanência de seu texto serve para descrever o ocorrido?

Blanco de Moraes explana que no âmbito das decisões judiciais dotadas de conteúdo inovador e que geram mutações constitucionais, destaca-se as situações em que a decisão jurídica revela a presença de uma norma pré-existente. Segundo o autor, tal norma poderá ter sido progressivamente estabelecida pela via dos costumes *praeter e contra constitutionem*. No caso deste último, a norma sedimentada seria fruto de fenômenos como a caducidade ou perda de efetividade normativa<sup>435</sup>. Tal temática não deixou de ser citada no caso do veto presidencial acima abordado<sup>436</sup>.

Impende destacar que, como bem ensina Jorge Miranda, o desuso de uma norma constitucional pela via do costume *contra legem* não se confunde com uma simples derrogação momentânea. Para o autor, há de se ter em mente que o sentido adotado deverá ser

---

<sup>434</sup> Segundo Gilmar Mendes, “(...) a mutação constitucional por interpretação pode dar-se em razão de alterações das circunstâncias fáticas ou das circunstâncias jurídicas, ou ainda em razão da existência de lacunas ou de incompletude de disciplina normativa. Esses três critérios, interligados entre si, mas cujas diferenças são notáveis para o processo de mudança constitucional, podem se manifestar de diversas formas na especificidade do caso concreto”. MENDES, Gilmar. *Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira*. op.cit., p. 154.

<sup>435</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 252 e 253.

<sup>436</sup> “Por outro lado, também temos que reconhecer que uma matéria como esta, um entendimento como este, não se sedimenta por tantos anos se não há um tipo de concordância mais ou menos geral. Há toda essa discussão, na teoria do Direito Constitucional, sobre o chamado “costume constitucional”, e aí vem o costume constitucional *praeter legem* ou o costume constitucional *contra legem* que, no caso, aqui, parece mais ou menos evidente”. E mais adiante: “Alinhando, mais uma vez, aqui, gostemos ou não, se formou um tipo de costume constitucional que foi reconhecido, mais do que isso, estabeleceu-se numa norma regimental”. Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3779575>

aplicado também para situações futuras semelhantes e, conseqüentemente já não carregar consigo qualquer traço de inconstitucionalidade<sup>437</sup>.

Jorge Miranda chama a atenção para algumas peculiaridades que distanciam os costumes constitucionais dos costumes gerais<sup>438</sup>, a saber: a sua origem em órgãos de poder e não no seio da comunidade<sup>439</sup>; o restrito número de envolvidos em sua formação (alguns titulares dos órgãos de poder); o fato da relevância jurídica da prática advir de seu impacto político-constitucional e não do elevado número de vezes que ela tenha acontecido; e, ligada a esta última, um decurso de tempo menor.

---

<sup>437</sup> Explica Jorge Miranda: “Como quer que seja, para que, através do costume, caia em desuso uma norma constitucional ou para que seja substituída por outra, tem de haver a consciência de que não se trata de simples derrogação por momentânea necessidade; tem de haver a consciência de que um novo sentido é adotado para valer em situações futuras idênticas e de que este sentido genérico ou generalizante não tem ou já não tem a marca da inconstitucionalidade”. E aprofunda: “Quero dizer: o costume constitucional forma-se quase sempre a partir de certos atos ou omissões; todavia, só aparece, em rigor, quando esses atos ou omissões deixam de ser interpretados como tais para passarem a ser interpretados como elementos integrantes de algo qualitativamente diverso, de um facto normativo”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 159, nota de rodapé.

<sup>438</sup> Ressalta-se que muito embora o autor reconheça que há particularidades no costume constitucional ele não defende que os requisitos de formação da norma consuetudinária constitucional sejam diferentes dos da formação das demais normas consuetudinárias. “Nem se vê como pudesse haver processos de formação diferentes para a formação de costume reportado a normas constitucionais e para a formação de costume reportado a normas legais”. Nada obstante, ao autor reconhece que em se tratando de costumes constitucionais existem algumas peculiaridades que distanciam este tipo de costume dos costumes gerais. Tais particularidades se dão pela gravidade e pela publicidade inerentes ao seu modo de formação. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. op. cit., p. 161.

<sup>439</sup> “Fato que repercute diretamente na questão de onde se encontra, de fato, a convicção jurídica no costume constitucional. “Na lógica pura, essa convicção deveria ser mantida pela cidadania em geral, mesmo que não falem àqueles que apoiem que, na realidade, não é assim. Porque serão os autores de tais comportamentos e práticas reiteradas, que não são outros senão os titulares dos poderes e dos órgãos do Estado, que não somente mediante sua atuação repetitiva terminarão conformando o elemento material, senão que também em tais atores acabará residindo elementos espiritual; algo que de forma alguma pode admitir-se, pois é certo que os costumes constitucionais, à margem de versar materialmente tão somente sob aspectos constitucionais, distinguem-se do restante dos costumes por não ser fruto da conduta espontânea dos membros da coletividade socialmente organizada, enquanto derivam do comportamento dos órgãos estatais, o que não significa que dessa diferença derive o que a opinio iuris et necessitatis tenha de corresponder aos membros e titulares dos mesmos órgãos. Por outro lado, como destacou De Vega, aqui encontramos-nos com um contra-senso inadmissível: o de conferir valor jurídico autônomo a partidas políticas sobre as quais presumem-se que se encontram estritamente regradas pela norma constitucional. Diante do exposto, o que por si mesmo seria suficiente para descartar uma mutação constitucional como resultado de um costume deveria somar-se à dificuldade de verificar a convicção jurídica requerida para que se possa falar-se de um autêntico costume”. SEGADO, Francisco Fernández. *As mutações jurisprudenciais na Constituição*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 102 e 103.

Assim, dos exemplos de mutação discorridos no decorrer da presente pesquisa, a mutação, como complexo fenômeno que é e que envolve componentes fáticas e jurídicas, se aproxima da figura do costume em virtude deste, também, envolver dois elementos semelhantes.

Tal semelhança há tempos fora tratada por Dau-Lin. Observou este autor, que parte da doutrina alemã considerava a mutação não como direito, mas como direito em potencial<sup>440</sup>. Neste pensamento, separa-se o ato transformador de sua consequência transformadora e assim se aproxima a mutação e os costumes<sup>441</sup>.

Por consequência, pelo pensamento dessa doutrina — criticada por Dau-Lin — no caso brasileiro do veto presidencial, citado a pouco, a mutação adviria não da inobservância reiterada do Congresso brasileiro, mas do reconhecimento de que tal prática tornou-se politicamente necessária.

---

<sup>440</sup> Dau-Lin refere-se a doutrina de Bilfinger (*Reichssparkommissar*, 1923). Segundo Dau-Lin para este autor “(...) el derecho surgido mediante mutación no coincide con el derecho el derecho consuetudinario (*Reichssparkommissar*, 1923, pág. 13)”. E mais adiante acrescenta: “Así opina por ejemplo respecto al comisario de ahorros del Reich: «Por el momento el comisario de ahorros sigue siendo inconstitucional; si un comisario inconstitucional es aceptado como institución necesaria y ajustada al derecho, entonces esto significa una mutación del derecho constitucional»”. Ressalte-se que Dau-Lin discorda de tal doutrina. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p.167.

<sup>441</sup> Explica Dau-Lin que segundo tal doutrina “(...) si el derecho consuetudinario no es simple regla consuetudinaria, sino una regla consuetudinaria sostenida por la convicción jurídica, entonces un acto mismo efectuado por necesidad política todavía no es mutación de la Constitución, solo llega a serlo mediante el reconocimiento de su «necesidad política». Es decir, la Constitución no experimenta una mutación por la necesidad política misma, sino tan solo por el reconocimiento de esa necesidad”. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. op. cit., p. 168.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, vislumbrou-se a dificuldade que padecem os conceitos de mutação constitucional até então elaborados por não conseguirem explicitar o fenômeno em toda sua completude. Tal dificuldade se dá pela complexidade fática e jurídica que o fenômeno da mutação envolve. Desta feita, os vários conceitos já elaborados, quando confrontados com os casos doutrinariamente elencados como hipóteses de mutação constitucional por interpretação judicial não conseguem explicar o enredamento completo deste fenômeno. Como bem observado por Blanco de Moraes, nenhuma definição já elaborada conseguiu captar o fenômeno da mutação de forma completa e satisfatória.

O problema atual não reside somente no fato de Tribunais Constitucionais, como intérpretes último da Constituição que são, acabarem por modificar o sentido e o alcance de uma norma constitucional. Como demonstrado no decorrer da pesquisa, tal panorama pode ser resultado de uma interpretação evolutiva e que se propõe a adaptar a Constituição às novas realidades. A interpretação e a aplicação da norma não conseguem, bem como não poderiam, ser alheias à realidade dinâmica, nesse sentido, a transformação da norma é um risco ou um possível resultado com o qual a interpretação tem que lidar.

Tal proximidade entre mudança interpretativa e mutação leva, na atualidade, a designação das mais variadas situações sob o manto de mutação. Assim, qualquer modificação normativa informal realizada através da interpretação judicial recebe o título de mutação. Desde mudanças de posicionamento ou superação de jurisprudência a decisões que inovam politicamente de forma impactante, qualquer alteração que se dê alheia aos procedimentos formais de reforma é nomeada de mutação.

De fato, hodiernamente, com o protagonismo dos Tribunais Constitucionais, a mutação é envolvida como um problema de interpretação. Mas não no sentido preconizado por Hesse, ou seja, no sentido de estar esse fenômeno inserido na figura jurídica da interpretação e, por isso, revestido de seus limites, de aceitação e de legitimidade. A mutação é um problema de interpretação no sentido literal, de uma interpretação problemática, que ultrapassou seus limites e se imiscuiu na seara da criação e da inovação política. Quando os limites interpretativos são ultrapassados já não se fala em interpretação, mas sim em mutação.



Assim, mutação é um problema de interpretação na medida em que se relaciona com a atividade interpretativa e a desnatura, longe de ganhar aceitação e legitimidade por com ela se relacionar.

Desta feita, a modificação do alcance e do sentido da norma constitucional podem ser sim resultado da interpretação constitucional, mas de forma alguma constitui esse seu objetivo final. O objetivo é o ajuste evolutivo da norma. Se a modificação for necessária para adaptação da norma, dentro de certos limites, ela ocorrerá. Neste seguimento, a interpretação pode ser evolutiva, com o intuito de adaptar a Constituição ao momento presente e à realidade social existente, e assim colaborar no fortalecimento de sua força normativa. No entanto, não é seu objetivo arvorar-se de um potencial constituinte que não lhe pertence, mas que pertence somente ao Poder Constituinte originário ou derivado.

Nesta linha, mantém-se nos limites a interpretação que consegue ser dinâmica, evolutiva, adaptadora mas sem desnaturar a estrutura da norma, a saber, que consegue manter um mínimo de correspondência com o sentido e programa normativos. Quando se trata de normas constitucionais redadas com textos indeterminados e polissêmicos, e onde as mais variadas situações podem ser subsumidas ao mesmo âmbito normativo, a interpretação tem um amplo campo para se mover. Como bem foi dito por Böckenförde, normas indeterminadas vinculam de forma indeterminada e mover-se nessa indeterminação não se confunde com mutação.

Diferente panorama se mostra quando, mesmo diante de norma constitucional clara, despida de dúvidas quanto ao seu significado e extensão, o Tribunal Constitucional se valendo da interpretação de princípios constitucionais, impõe normatização que ultrapassa os marcos de sua competência, ignorado a clara normatização daquele assunto<sup>442</sup>. Diante de casos assim, *prima facie* e com alguma razão, logo se insurge contra o Tribunal Constitucional objeções questionando a legitimidade democrática de sua atividade.

---

<sup>442</sup> Refere-se aqui ao caso citado da perda de mandato por infidelidade partidária, onde o artigo 55 da Constituição brasileira elenca um rol taxativo de hipóteses de perda de mandato e o STF, se valendo da interpretação de norma principiológica, inovou politicamente considerando a mudança de partido uma hipótese de perda de mandato, desatentando à taxatividade do assunto já disciplinado pelo constituinte.

No entanto, nem sempre tal postura ativa do Tribunal Constitucional corresponde a uma simples escolha discricionária ou a uma livre opção por tal caminho. Em alguns casos, a situação fática já está tão sedimentada que a sua não observação ou a sua mitigação não é uma opção dada ao intérprete. Diante de situações assim, paradoxalmente, optar pelo estrito cumprimento do prescrito constitucionalmente geraria efeitos contrários aos queridos pela própria Constituição, nefastos em diversas áreas da sociedade e do Estado<sup>443</sup>.

Há ainda situações igualmente semelhantes no quesito criação de cunho político, mas que além disso, se aprofundam já nos limites da representação democrática e nas formas que a democracia é concretizada na atualidade.

Como dito, desde a criação do Tribunal Constitucional e do reconhecimento da sua capacidade de declarar a nulidade de leis inconstitucionais que sua legitimidade democrática é questionada. Só que, como também já abordado, em tais situações a conformação daquela situação específica ainda volta para o legislador, a saber, quem suprirá a lacuna deixada pela saída da norma inconstitucional é o legislador democraticamente eleito. Maiores controvérsias já se formam quando a atuação do Tribunal já não é a de declarar a inconstitucionalidade, mas de conformar a situação política em si, impondo normatização que *prima facie* questiona sua competência.

Diante de casos assim, a atividade do Tribunal reflete não só o seu papel contramajoritário, que estabelece limites às maiorias, mas seu papel representativo, que busca sanar o desequilíbrio democrático causado pela não resolução de demandas da sociedade pelas instâncias políticas tradicionais<sup>444</sup>. Aqui, as objeções de usurpação política e de falta de legitimidade democrática não podem prosperar. Como já salientado, a representação democrática é um processo a ser construído através das ações dos órgãos de poder, não se resumindo a momento único, pronto e acabado. Nessa linha, quando o Legislativo não atua porque por não ter conseguido formar maioria em situações permeadas por desacordos

---

<sup>443</sup> Aqui refere-se ao caso do veto presidencial ao projeto de lei que disciplinava a distribuição dos *royalties* do petróleo e demais hidrocarbonetos fluidos. Como visto, o estrito cumprimento do disciplinado constitucionalmente geraria graves efeitos em virtudes dos vários projetos de leis aprovados sem a observância reiterada do Legislativo a respeito do disposto na Constituição em relação aos vetos presidenciais.

<sup>444</sup> Aqui refere-se a caso da uniões homoafetivas, onde o STF reconheceu através de sua decisão um novo modelo de entidade familiar, configurada por pessoas duas pessoas do mesmo sexo.

morais, ou por simples preconceito e, como consequência, priva uma minoria de sua proteção garantida pelo sistema representativo e esta recorre ao Judiciário, é correto chamar a atuação Tribunal de mutação constitucional *por interpretação judicial* ? A resposta é não.

Os três casos citados são nomeados pela doutrina como casos de mutação constitucional por interpretação judicial. Apesar da inegável inovação política por parte do Judiciário que une os três casos sob o manto de mutação, há traços que permitem traçar algumas distinções. No caso da fidelidade partidária, mesmo diante da prática nefasta do transfuguismo e da premente necessidade de uma reforma política, o Tribunal poderia ter adotado uma conduta de autocontenção<sup>445</sup>. Havia norma constitucional que fixava, de forma taxativa, os casos de perda de mandato e contexto social e político não autorizavam o intérprete a ignorá-la. No caso dos *royalties* do petróleo, diante dos efeitos jurídicos, econômicos e sociais já instalados não restou outro caminho ao Supremo Tribunal a não ser cancelar a prática *contra legem* do Legislativo. Neste último caso, a autocontenção não foi uma opção. Já no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas a postura ativa era uma necessidade do Tribunal como instância que concretiza a democracia através da proteção contramajoritária dos direitos fundamentais<sup>446</sup>.

---

<sup>445</sup> Ressalta-se que quando o próprio Poder Judiciário assume posturas de autocontenção, tal atitude também configura um ato fortemente marcado de politicidade. Como bem observado por André Trindade e Fausto Morais, o *self-restraint*, também se reveste como uma *questão de vontade* – que se sobrepõe à *questão da interpretação*, de maneira que sua postura também se revela ativista. Esclarece tais autores que as posturas de autocontenção assumidas pela Suprema Corte norte-americana também “(...) eram marcadas por um forte componente político – embora de caráter não-intervencionista – que, ao final, invadia o âmbito de produção legislativa”. Em suma, o que se quer esclarecer é que posturas de autocontenção também são revestidas de politicidade e têm impactos na política. Através da adoção de posturas de *self-restraint*, que em teoria significavam a opção por não interferir na esfera política (principalmente econômica), a Suprema Corte impossibilitava a interferência do Estado na esfera das relações privadas, “(...) impedindo o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas à regulação, por exemplo, das políticas de bem-estar relativas à segurança, à saúde, ao trabalho, etc. Nesse sentido, aliás, cumpre referir o famoso caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45), em 1905, no qual a Suprema Corte invalidou uma lei estadual do estado de New York – que limitava a jornada de trabalho dos empregados de padaria – por considerá-la intrusiva demais na política econômica do Estado”. TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo Judicial: experiências norte-americana, alemã e brasileira*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 53, 2011, p. 139 e 140.

<sup>446</sup> Nesse caso, percebe-se como posturas ativas do Judiciário podem assumir contornos de compensação das deficiências do processo político democrático, não colocando em xeque o regime, mas, ao revés, fortalecendo-o. Algo semelhante ao ocorrido nos Estados Unidos durante a Corte Warren onde a postura ativista se voltou, sobretudo, à preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, diante do exposto, da complexidade do fenômeno, da multiplicidade de casos e das situações fáticas e jurídicas envolvidas, não se pode classificar a mutação constitucional por interpretação judicial como um fenômeno maléfico ou benéfico. Ela pode adquirir uma ou outra feição a depender do caso, do nível da situação fática já instalada na vigência da vida e do grau de representação democrática que ela envolve e se vê compelida a concretizar. De certa forma, tal característica é o reflexo da problemática que permeia — e que é necessária — a toda democracia: a afirmação e a independência do Poder Judiciário perante os outros Poderes e, ao mesmo tempo, a autocontenção desse mesmo Poder Judiciário<sup>447</sup>.

---

<sup>447</sup> Nesse sentido, Maurício Ramires explica que tais problemas, contraditórios entre si, “mas que são ao mesmo tempo indispensáveis para a existência do que hoje entendemos como uma sociedade democrática e regulada por um sistema de direitos: a auto-afirmação do poder dos juízes constitucionais perante os outros poderes estatais constituídos e a autocontenção do poder desses mesmo juízes”. RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016, p. 282.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015. E-Books.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. — 6ª ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática de jurisdição constitucional no Brasil*. — 4. reimpressão. — Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BISCARETTI DI RUFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Traducción: Pablo Lucas Verdú. Madrid: Editorial Tecnos. 2ª edição, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. A cura di Michele Nicoletti e Omar Brino. Milano: Guiffrè Editore, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcello. *Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDUCCI, Michele. *Limites à mutação constitucional: entre circulação dos argumentos e “moderação militante”*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASALI, Andréia Rodrigues Rodrigues. *A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1996.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Traducción: Pablo Lucas Verdú e Christian Forster. Onati: IVAP - Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas Editorial, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 2ª edição. Osasco: Edifio, 2015.

FORSTHOFF, Ernst. *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*. Traducción: Patricio Montero-Martin. Madrid: Tecnos, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6ª edição. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2004.

GARCÍA ALONSO, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios de Constitucionales, 1984.

GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

GONZALEZ ENCINAR, Jose Juan. *La Constitución y su reforma*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 17, Mayo/Agosto, 1986.

HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAURIOU, André, CICQUEL, Jean e GÉLARD, Patrice. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Traducción: José Antonio Gonzalez Casanova. Barcelona: Editorial Ariel, 1980.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Traducción: Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Editorial Reus, 1927.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e Jurisprudência dos interesses*. Tradução: José Osório. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1947.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Tradución: Luís Tobío. México: Fondo de Cultura Economica, 1963.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. — São Paulo : Saraiva, 2009. E-Books.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução: Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1905.

\_\_\_\_\_. *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción: Christian Forster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5ª edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIERN, Göran Rollnert. *La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 101, Maio/Agosto. 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel Ediciones, 1965.

LÓPEZ CADENA, Carlos Alberto. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”*. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP N.º 58, novembro 2000 pp. 183-202.

MAXIMILLIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito* - 20ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. E-Books.

\_\_\_\_\_. *Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 7ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. *Fiscalização da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017.

\_\_\_\_\_. *Caducidade das normas constitucionais*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016. E-Books.

\_\_\_\_\_. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Separata de: Arguição da Tese de Doutorado do Mestre Maurício Ramires, volume LV, número 1 e 2, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. *Justiça Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. *As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016. E-Books.

MOREIRA, Adriano. *Ciência Política*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2012.

MULLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução: Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. 2ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais Editora, 2009.

NEVES, Castanheira A. *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.



PECES-BARBA, Gregorio.; FERNÁNDEZ, Eusebio.; ASÍS, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na Democracia Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

PEDRON, Flavio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. *Crença da mutação constitucional aplicada pelo STF, é equivocada*. Revista Consultor Jurídico, 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>

POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito*. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMIRES, Maurício. *Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 2ª edição, Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1957.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Mutações constitucionais: um conceito vazio?* In: AA.VV. ANTUNES, Maria João e CAVALEIRA, Marta (org.). *Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício*. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Clara Mota dos. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua "objetivação"*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2013.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Traducción: Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SEGADO, Francisco Fernández. *As mutações jurisprudenciais na Constituição*. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. (coordenadores). *Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. in: Virgílio Afonso da Silva (org.) *Interpretação Constitucional*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

STREK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI. Jacarezinho, n. 7, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

TÉLLEZ, Julio Alvear. *Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la moderna política*. In: AYUSO, Miguel (editor). *El problema del Poder Constituyente*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo Judicial: experiências norte-americana, alemã e brasileira*. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 53, 2011.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 58, Enero/Abril. 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Madrid: Reus, 1985.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.